Rechtsfolgen

der Verletzung des Pflichtteils

durch Schenkungen

nach gemeinem Rechte und Bürgerlichem Gesetzbuche.

DISSERTATION

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristen-Fakultät zu Rostock

vorgelegt von

Max Hoeck

Hamburg.

AGRAR. LUDWIG. BIBL.

Berlin 1902.

Druck von Wilhelm Pilz, Landsberger Strasse 108.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549205_0082

Literatur-Verzeichnis.

I. Gemeines Recht.

Archiv für die zivilistische Praxis 27, 28, 50.

— für praktische Rechtswissenschaft, Band 8.

Arndts im Rechtslexikon aller teutschen Staaten, Band VIII.

— Lehrbuch der Pandekten.

Breidenbach im Archiv für die zivilistische Praxis, Band 27/28.

Dernburg, Pandekten, 6. Auflage.

Franke, Recht der Noterben und Pflichtteilsberechtigten.

Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten, Band VIII, fortgesetzt von Mühlenbruch, Band XXXVI.

Hille, *De immodicarum don. quer.,* Marburger Dissertation von 1828.

Köppen, Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts.

Marcusen, Reszission pflichtwidriger Schenkungen, Habil. von 1880.

Mecklenburg, Zeitschrift, Band 6.

Puchta, Pandekten, 12. Auflage.

Schröder, Noterbenrecht.

Seufferts Archiv, Band 4, 5, 9, 23, 25.

Sintenis, Gemeines Zivilrecht.

v. Vangerow, Pandekten, 8. Auflage.

Windscheid, Pandekten, 3. Auflage, 8. Auflage bearbeitet von Kipp.

Zimmern, römischrechtliche Untersuchungen zusammen mit **Neustetel.**

II. Bürgerliches Gesetzbuch.

Böhm, Erbrecht, 2. Auflage.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.

Endemann, Einführung III, 3. Auflage.

Fromhold, Kommentar V.

Hellmann in den kritischen Vierteljahrsschriften für Gesetzgebung und Rechtsprechung, Band 39.

Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte.

Jeske, Greifswalder Dissertation von 1901. Ergänzung des Pflichtteils wegen Schenkungen nach B.G.B. unter Berücks. d. g. R.

Mugdau, Die gesamten Materialien zum B.G.B., Band V.

Planck, II, Schuldverhältnisse.

— V, Erbrecht, 1. Auflage.

Schiffner, Pflichtteil, Erbenausgleich.

Schlossmann in den Jahrbüchern für Dogmatik, herausgegeben von Ihering, Band 37.

Strohal, Erbrecht, 2. Auflage.

Verhandlungen des XX. und XXI. Juristentages.

Wilke, Kommentar V.

Zarnke, Rostocker Dissertation von 1900. Die pflichtwidrigen Schenkungen nach gemeinem Rechte und Bürgerlichem Gesetzbuche.

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

Einleitung 1

Thema 3

I. Gemeines Recht.

1. Allgemeines 3
2. Die Verletzung des Pflichtteils durch Schenkung unter Lebenden 4
   a) Die *actiones Faviana* und *Calvisiana* 4
   b) Entstehung der *querela inofficiosae donationis* . . . 5
   c) Die Quellen der *querela inofficiosae donationis* . . . 6
   d) Die Natur der *querela inofficiosae donationis* 7
   e) Die Voraussetzungen der *querela inofficiosae donationis* 11
      α) Schenkungen 11
      β) Subjektive Voraussetzungen 12
      γ) Objektive Voraussetzungen 15
   f) Umfang und Ziel der Klage 21
   g) Verpflichtete Personen 29
   h) Ausschluss der Klage 30
   i) Die *querela inofficiosae donationis* 31
3. Die Verletzung des Pflichtteils durch Schenkung von Todes wegen 33
   a) durch letztwillige Verfügungen überhaupt 33
      α) durch Testament 33
      β) durch Erbvertrag 33
      γ) durch Vermächtnis 34
   b) durch Schenkung von Todes wegen 34

II. Bürgerliches Gesetzbuch.

1. Allgemeines 37
2. Pflichtteils- und Ergänzungsanspruch 40
3. Voraussetzungen 43

Seite

4. Verpflichtete Personen, Umfang der Haftung und Berechnung des Pflichtteils 53
a) Haftung der Erben 54
α) wenn der Erbe selbst pflichtteilsberechtigt ist 54
β) wenn der Pflichtteilsberechtigte letztwillig bedacht ist . 56
γ) wenn der Pflichtteilsberechtigte Schenkungen empfangen hat 60
b) Haftung des Beschenkten 61
α) allgemein 61
β) bei mehreren Schenkungen 62
c) Haftung bei konkurrierenden Schenkungen an Dritte und Pflichtteilsberechtigte 63
d) Ausschluss der Haftung 67
5. Der Uebergang vom gemeinen Rechte zum B.G.B. 68
Schluss 70

Einleitung.

Zwei Prinzipien standen sich im Erbrecht von jeher schroff gegenüber, das Prinzip der absolut gesetzlichen Erbfolge und das Prinzip der völligen Testierfreiheit. Das erstere findet sich im germanischen Recht entsprechend der Idee des Familieneigentums aufs strengste durchgeführt, das zweite im römischen Recht, wo sich infolge der Weltherrschaft und des Welthandels der Römer der einzelne fast völlig von den Familienschranken befreite. Im Verlaufe der geschichtlichen Entwicklung haben naturgemäss beide Prinzipien sich nicht in der ehemaligen Schärfe erhalten können. Als Ausgleich oder (wie Kipp XXI. J. es ausdrückt) als Diagonale der Billigkeit zwischen beiden bildete sich das Pflichtteilsrecht, d. h. das unentziehbare Recht gewisser Familienangehöriger auf einen bestimmten Bruchteil des Nachlasses. Dieser konnte den Berechtigten nicht durch eine letztwillige Verfügung entzogen werden. Schon bald gelangte man zu der ferneren Erkenntnis, dass es dem Erblasser ebensowenig gestattet sein dürfe, durch lebzeitige unentgeltliche Zuwendungen, den Nachlass zu erschöpfen und so das Pflichtteilsrecht illusorisch zu machen. Aus diesem Grunde ist den Pflichtteilsberechtigten die Befugnis eingeräumt worden, durch Anfechtung der sie schädigenden Schenkungen dennoch zu ihrem Anteil zu gelangen. — Dass hier an bereits abgeschlossen scheinende Rechtsbeziehungen wieder angeknüpft werden kann, liegt aber nicht nur in der Natur des Pflichtteils begründet, sondern ist ebenso sehr eine Folgeerscheinung des eigentümlichen Charakters des Schenkungs-

geschäftes. Die Schenkung steht zu dem alle übrigen Rechtsgeschäfte durchdringenden Prinzip der Gegenseitigkeit im Widerspruch. Einseitig wird dem einen auf Kosten des andern etwas zugewandt, ohne dass ein wirtschaftlicher Ausgleich erfolgte. Um so viel stärker ist die sittliche Verpflichtung des Beschenkten dem Schenker gegenüber, so stark, dass ihre Verletzung unter Umständen wieder eine rechtliche Wirkung hervorbringen kann. So aufgefasst, macht auch die Schenkung keine Ausnahme vom Gegenseitigkeitsprinzip. Eine solche rechtserzeugende Verletzung der sittlichen Pflicht ist z. B. Undankbarkeit des Beschenkten, weswegen dem Schenker ein Widerrufsrecht gewährt wird. Hier wäre das sittliche Empfinden aufs schwerste betroffen, wenn nicht in diesem Falle der wirtschaftlich rechtliche Ausgleich erfolgte. Nicht minder bedingt unser sittliches Gefühl einen solchen Ausgleich, wenn durch die Schenkung, durch die Begründung einer neuen sittlichen Verpflichtung, bereits bestehende sittliche Verpflichtungen des Schenkers gegenüber andern Personen verletzt werden. Hier muss einmal dem Schenker selbst durch ein Anfechtungsrecht die Möglichkeit, seine Verpflichtungen einzulösen, gewährt werden (B.G.B. § 528), oder falls er hiervon keinen Gebrauch macht, müssen dieselben Befugnisse den verletzten Dritten verliehen werden. So haben im Konkurse die Gläubiger ein allerdings beschränktes Anfechtungsrecht, so ist es auch sittlich begründet, wenn den durch Familienbande aufs engste mit dem Erblasser verknüpften Personen ein weitgehendes Anfechtungsrecht gerade Schenkungen gegenüber zwecks Erlangung ihres vollen Pflichtteils zugestanden worden ist.

(Da das B.G.B. in dieser Frage von einem völlig anderen Prinzipe ausgeht, als das gemeine Recht, sind im folgenden beide Rechte gesondert behandelt, da anderenfalls die Uebersicht erschwert würde.)

I. Gemeines Recht.

1. Allgemeines.

Das römische Recht hat schon früh, in der Erkenntnis, dass das wirtschaftliche Interesse eine Beschränkung der die Vermögenskraft schädigenden Schenkungen nötig mache, durch eine Reihe von Gesetzen teils den Abschluss solcher Geschäfte überhaupt zu verhindern gesucht, teils denselben eine verminderte rechtliche Wirksamkeit beigelegt. Im älteren Rechte waren grössere Schenkungen durch die *lex Cincia* (550 d. St.) verboten. Verschiedene andere Volksgesetze waren auf eine ähnliche entweder völlige oder teilweise Unterbindung der Schenkungen gerichtet. Später (Gesetze von Theod. und Justinian) wurde wenigstens die gerichtliche Insinuation von Schenkungen über einen bestimmten Betrag hinaus verlangt. Schenkungen unter Lebenden an den Ehegatten waren nichtig, weil hier die Gefahr arglistiger Uebervorteilung besonders nahe lag. Aber auch eine an sich giltige Schenkung konnte schon im klassischen Rechte vom Patron dem Freigelassenen gegenüber willkürlich widerrufen werden *(fragm. Vat.* 272), später wurde dies Recht auf Fälle der Undankbarkeit des Freigelassenen (l. 1 c. *de revoc. don.* 8, 55) und wegen nachgeborener Kinder (l. 8 c. *eod.*) beschränkt. Justinian liess (l. 10 c. *eod.*) den Widerruf wegen Undankbarkeit allgemein zu. Zu erwähnen wäre vielleicht noch die Entmündigung auf Grund übermässiger Schenkungen.

2. Die Verletzung des Pflichtteils durch Schenkung unter Lebenden.

a) Actiones Faviana und Calvisiana.

Die erste Spur eines Schutzes gegen Verletzung des Pflichtteils durch Schenkungen unter Lebenden findet sich im Patronatsrechte. Das pflichtteilsähnliche Recht des Patrons am Nachlass des Freigelassenen entwickelte sich aus dem gewöhnlichen Versprechen von Diensten bei der Freilassung und dem Vorbehalt, dass ein Teil jeglichen Erwerbes des Freigelassenen an den Patron fallen sollte. Später wurde diese Härte dahin gemildert, dass dem Patron ein Anspruch auf die Hälfte aller Güter als Pflichtteil gegeben, die Abrechnung des Sozietätsverhältnisses auf die Zeit des Todes des Freigelassenen verschoben wurde. Aus diesem Verhältnis des Patrons zum Freigelassenen ergab sich für ihn das Recht, jede noch so geringe Schenkung oder Veräusserung, sobald der Freigelassene hierdurch sein Vermögen böswillig zu seinem und des Patrons Nachteil verminderte, anfechten zu dürfen, vorausgesetzt, dass im Nachlass nicht genügend übrig blieb.[1]) Zwei Klagen standen dem Patron zu, die *actio Faviana* setzte ein Testament, die *actio Calvisiana* Intestaterbfolge voraus. Nur wenn der gesamte Nachlass nicht genügte, trat die *Faviana* ein, in erster Linie haftete auch für Schenkungen unter Lebenden der andere Erbe.[2])

---

[1]) Vergl. l. 1 § 3 D. *si quid in fraudem patroni* (38, 5): *omne autem, quodcumque in fraudem patroni gestum est, revocabitur,* ferner l. 1 c. *Si in fraudem patroni* 6, 5: *Si in fraudem patroni libertus aliquid alienaverit, quatenus legitima pars deminuta est, revocandi tributam constat esse potestatem.*

[2]) l. 3 D. *si quid i. fr. p.* 38, 5: *Si patronus heres institutus ex debita parte adierit hereditatem, dum ignorad aliqua libertum in fraudem suam alicuasse, videamus an subveniri ignorantiae eius debeat, ne decipiatur liberti fraudibus.*

Die *actiones Faviana* und *Calvisiana* wurden als *utiles actiones* später dem *impubes arrogatus* gegeben, als dieser die *Quarta Divi Pii* gegenüber dem arrogierenden Vater erhielt. Ueber diese Ausdehnung spricht l. 13 D. *si quid in fraud. patroni* (38, 5), die mit den Worten endet: *„Si quid itaque in fraudem eius alienatum fuerit, quasi per Calvisianam vel Favianam actionem revocandum est.“* Der Grund dieser Analogie ist aus den Quellen nicht recht ersichtlich, es muss, wie Franke (494) meint, wohl anzunehmen sein, dass dem *impubes arrogatus* gleich wie dem Patron ein Recht auf einen Teil aller Güter gegeben ist, nicht bloss auf einen Teil des Nachlasses. Eine weitere Uebertragung der beiden Klagen auf andere Verhältnisse ist aus den Quellen nicht zu begründen, und es ist unrichtig, wenn Köppen (Erbrecht 692) annimmt, dass dieselben auch auf das Pflichtteilsrecht der armen Witwe auszudehnen seien (vgl. Schröder S. 566). Ausdrücklich ist dem *parens manumissor,* obgleich dieser sonst das Erbrecht des Patrons gegenüber dem *emancipatus* hatte, die Möglichkeit, diese Klagen anzustellen, von Gaius l. 2 D. *Si a parente quis man.* (37, 12) genommen worden: *„Non usque adeo exaequandus est patrono parens, ut etiam Faviana vel Calvisiana actio ei detur quia iniquum est, non esse liberam ingenuis hominibus rerum suarum alienationem.*

b) Entstehung der querela inofficiosae donationis.

Abgesehen vom anomalen Pflichtteilsrechte des Patrons, entwickelte sich das materielle Noterbenrecht in Rom erst spät. Ursprünglich bestand überhaupt keine Verpflichtung des Erblassers, seiner Angehörigen im Testamente zu gedenken. Allmählich entwickelte sich (etwa zu Ciceros Zeit) das formelle Noterbenrecht, das Recht gewisser gesetzlicher Erben, wenigstens formell exherediert zu werden. Die klassische Zeit gewährte schliesslich gewissen nächsten

Verwandten ein unentziehbares materielles Noterbenrecht auf einen bestimmten Bruchteil der Erbmasse. Wurde dieses durch Testament verletzt, so wurde den Berechtigten die *querela inofficiosi testamenti* gegeben, mit der Wirkung, dass das ganze Testament aufgehoben (als mit dem *color insaniae* behaftet), und die testamentarische durch die gesetzliche Erbfolge verdrängt ward. Später bestimmte Justinian, dass im Falle nicht genügender, aber doch tatsächlich erfolgter Einsetzung eines Noterben, im Interesse möglichster Aufrechterhaltung des Testaments als des Ausdrucks des letzten Willens, nur eine *actio ad supplendam legitimam* gegeben werden sollte auf das am Pflichtteil Fehlende. Mit der Anerkennung des materiellen Noterbenrechts gelangte auch schon bald die Auffassung zur Herrschaft, dass der Erblasser ebensowenig wie durch Verfügungen von Todes wegen, durch Zuwendungen unter Lebenden das Recht seiner Pflichtteilserben beeinträchtigen dürfe. Zu diesem Zweck wurde eine der *quer. inoff. test.* nachgebildete *querela inofficiosae donationis sive dotis* gegeben.

c) Die Quellen der q. i. d.

Die erste Erwähnung der *q. i. d.* findet sich in l. 87 § 3 D. *de leg. II.* Hier wird von Paulus ein Reskript von Alexander Severus beiläufig angeführt, durch das Schenkungen einer Grossmutter an einen Enkel zu Gunsten des andern benachteiligten Enkels bis zum Intestaterbteil aufgehoben werden. Die allgemeine Bedeutung dieser Stelle ist jedoch von den meisten bestritten, da sie im auffallenden Widerspruch zu den übrigen im *codex* 3, 29 vereinigten Quellen steht (s. u. S. 22 ff.). Die im *codex* 3, 29 von Justinian gesammelten Quellen sind Reskripte verschiedener Kaiser. Das erste ist vom Kaiser Philippus (246), die beiden folgenden von Valerianus und Gallianus (256—257), sodann folgen vier Reskripte von Diokletian und Maximian (286), ein Reskript desselben

Kaisers aus dem Jahre 294, das letzte stammt von Constantius aus dem Jahre 361. Ausser diesen Reskripten kommen noch einige Novellen Just. in Betracht, vor allem die Novelle 92.

d) Die Natur der q. i. d.

Die *q. i. d.* ist, wie schon erwähnt, und sich aus zahlreichen Quellenstellen ergibt, der *q. i. t.* nachgebildet. Wie weit aber diese Aehnlichkeit reicht, ist Gegenstand mannigfacher Streitfragen gewesen, und steht auch heute noch nicht einheitlich fest. Dass man bei der Begründung der Querel auf die *q. i. t.* trotz der offenbaren Wesensverschiedenheit beider Rechtsmittel griff, hat darin seinen Grund, dass die Schenkungen unter Lebenden meist, um eine nachherige Testamentsquerel zu vereiteln, gemacht wurden. In den Quellen findet sich dieser Zweck verschiedenfach ausgedrückt: *ad eludendam, ad interverten-dam, ad submovendam, excludendam q. i. t.*[1]) Die Analogie hat also in der geschichtlichen Entwicklung ihren Grund: die neue Querel sollte einen Ersatz für die *in fraudem legis* entzogene Querel bieten (Franke 500). Die Gleichstellung der beiden Klagen wird in den Quellen verschiedenfach ausgesprochen, so heisst es: *ad simili-tudinem i. t. q., auxilium ad instar inoff. t., juxta formam de inoff. t. constituta.*[2]) Eine völlige Gleichheit der beiden Klagen liegt hierin nicht ausgesprochen, wohl aber scheint dies nach *l. ult. c. h. t.* der Fall zu sein. Hier heisst es: *„Non convenit dubitari, quod immodi-carum donationum omnibus (omnis)*[3]) *querela ad similitudinem inofficiosi testamenti legibus fuerit intro-ducta et sit in hoc actionis utriusque vel una causa*

---

[1]) l. 1, l. 5, l. 7 c 3, 29, l. 87 § 3 D. *de leg. II.*

[2]) l. 1, l. 2, l. 4 c 3, 29.

[3]) Im *codex Theodosianeus*, dem diese Stelle entnommen ist, heisst es *„omnis“*. Die von Faber aufgestellte Veränderung *„in omnibus“* erscheint willkürlich (vergl. Mühlenbruch 36, 103).

vel similis aestimanda vel idem et temporibus et moribus." Aus dem (übrigens bestrittenen, und jezt in „*omnis*" umgewandelten) *omnibus*, aus dem „*una causa*", dem „*idem et temporibus et moribus*", scheint die völlige Uebereinstimmung beider Klagen hervorzugehen. Dem widerspricht aber wieder das „*in hoc*" und das „*similis*". Demnach kann auch diese Stelle nicht beweisend für die völlige Gleichheit der Klagen sein. Es findet sich in derselben eigentlich nur dasselbe ausgesprochen, was die oben angeführten Stellen besagen, dass die Klagen im Wesen ähnlich sind und auf demselben Grunde beruhen.[1])

Ist demnach im allgemeinen das Wesen der *q. i. d.* nach der *q. i. t.* zu beurteilen, so fragt es sich, was sich aus der Natur der *q. i. t.* für die *q. i. d.* ergibt und wie weit die Grenzen der gleichen Anwendung beider Klagen zu stecken sind. Glück (VII 174—176) erklärt mit vielen älteren Schriftstellern die Querel gleich der *q. i. t.* für eine qualifizierte Erbschaftsklage, die sich nicht nur gegen den Beschenkten, sondern gegen jeden dritten Besitzer des Geschenkes richte. Als Grund hierfür gibt er an, dass eine persönliche Klage nur aus einer *obligatio* entstehe, der Beklagte aber sich hier dem Kläger durch kein *factum* verbindlich gemacht habe. Mühlenbruch (36, 71) widerlegt dies damit, dass hier Gleichheit zwischen beiden Klagen ganz unmöglich sei, da der Beklagte hier ja nicht aus einem erbschaftlichen Titel besässe, und der Kläger nicht erst Erbrecht zuerkannt haben wolle, sondern bei ihm vielmehr vorausgesetzt werden müsse, dass er Erbe des Schenkers sei. „Eine *hereditatis petitio* kann doch nur gegen den erhoben werden, welcher entweder selbst ein Successionsrecht in Anspruch nimmt oder gegen den, welcher ohne allen Rechtsgrund Erbschaftssachen occupiert hat" (Franke 520). Schröder (503) drückt dies dahin aus, der Schuldner besitze weder *pro herede*, noch *pro possessore*, sondern

[1]) Mühlenbruch 36, 103; Franke 502.

auf Grund eines andern Titels. Der Noterbe nehme den Gegenstand der Forderung nicht auf Grund seiner Erbeneigenschaft, sondern um deswillen in Anspruch, weil er durch die Schenkung in seinem ihm aus dem Nachlass gebührenden Pflichtteil verkürzt sei, die Erbeneigenschaft sei nur *condicio sine qua non* für die Forderung. — Die fernere Behauptung Glücks, dass eine persönliche Klage nur aus einer *obligatio* entspringen könne, ist unrichtig, da sie ebensowohl unmittelbar durch Gesetz gegeben sein kann. Unsere Querel ist also eine persönliche Reszissionsklage, die lediglich gegen den Beklagten selbst geht.[1]) — Schon oben ist die Frage berührt worden, ob zur Erhebung der Klage erforderlich ist, dass der Kläger Erbe des Schenkers sei. Franke (501—517) und Mühlenbruch (71) halten dies für erforderlich, Arndts (Rechtslexikon 164) und Schröder (505) sind anderer, letzterer allerdings nur teilweise anderer Ansicht. Schröder führt hierzu aus: „Der Beschenkte besitze die in Anspruch zu nehmenden Gegenstände nur als Sondernachfolger des Schenkers, und so würde an ihnen auch in der Person des Noterben nur Sondernachfolge stattfinden können, zudem führe die Pflichtteilsberechtigung auch sonst nicht notwendig zur Beerbung, selbst durch Rechtsgeschäft unter Lebenden könne ihr genügt werden, deshalb sei auch hier kein Erbschaftserwerb seitens des Noterben erforderlich (was unter Umständen geradezu nachteilig sein könne, wenn die Erbschaft insolvent sei, während die Schenkung sich nicht als pflichtwidrig anfechten lasse). — Es sei zu unterscheiden: wo der Noterbe Erbe werden müsse, wenn es gelte, den vollen Pflichtteil aus der Erbschaft zu erlangen, könne er auch zur Klage gegen den Beschenkten ohne Erbschaftserwerb nicht greifen; dies treffe zu, wenn er zum

---

[1]) Vergl. hierzu l. 87 § 3 D. *de leg. II Vat fragm.* 280. — Reszissionsklagen sind überhaupt, von wenigen Ausnahmen abgesehen, immer persönlich (s. Schröder 505).

Erben eingesetzt oder ohne alle Zuwendung von der Erbschaft ausgeschlossen sei. Schlüge er im ersten Falle die Erbschaft aus, oder unterliesse er es im zweiten Falle, die Ausschliessung anzufechten, so könne er nicht behaupten, dass er durch die Schenkung im Pflichtteile verkürzt sei. Der geschenkte Gegenstand würde ihm ja auch entgangen sein, wenn er in der Erbschaft geblieben sei. Anders, wo sich dem Noterben gar nicht die Möglichkeit biete, Erbe zu werden, also wo ihm anders als durch Erbeinsetzung eine Zuwendung auf den Pflichtteil gemacht sei; hier würde ihm gegenüber den Erben des Schenkers nur der Weg der Ergänzungsklage offen stehen. Sei er also wegen der Erfüllung des Pflichtteils auf die an den Beschenkten gekommenen Vermögensstücke angewiesen, so müsse er ohne weiteres, trotz mangelnder Erbeneigenschaft, die *querela* einleiten können". Dieser Beweisführung ist unbedingt beizupflichten. So stellt sich die *q. i. d.* als eine persönliche Klage dar, die vom Berechtigten bald als Erbe, bald ohne Voraussetzung der Erbeneigenschaft erhoben werden kann. — Die *querela inoff. don.* ist ihrer Natur nach eine subsidiäre Klage, wie sich aus zahlreichen Quellenstellen ergibt.[1]) Ob diese Subsidiarität eine absolute sei, scheint durch l. 4 c. 3, 29 in Frage gestellt zu werden, wo es heisst: *„ideoque non est tibi necessarium adversus immodicas donationes auxilium ad instar inofficiosi testamenti.* Vorher ist von der *in integrum restitutio*, die Rede, durch deren Nachsuchung der pflichtteilsberechtigte Vater zu seinem Anteil gelangen könnte, ohne die *q. i. d.* erheben zu brauchen. Aus den Worten: *„non tibi est necessarium"* scheint hervorzugehen, dass dem Geschädigten immerhin noch die Wahl bleibt, entweder durch das eine oder andere Rechtsmittel zum Ziele zu gelangen. Schröder (S. 546) sucht dies damit zu widerlegen, dass er auf die

[1]) S. l. 2 c 3, 29 *(arbitrium fam. ercisc.),* l. 6 c 3, 29 — *nec beneficio actatis adversus haec iuvari poteris.*

Konstitution in *Vat. fragm.* 282, aus der die l. 4 stammt, hinweist. Hier sei nur von einer Wiedereinsetzung in den früheren Stand die Rede. Die Erwähnung der *q. i. d.* am Schlusse der l. 4 sei nur als Zusatz der Kompilatoren zu betrachten, um diese Stelle in den Titel *de inoff. don.* aufnehmen zu können. Immerhin erscheint die Frage der absoluten oder relativen Subsidiarität der Querel hierdurch nicht endgiltig entschieden.

Die *q. i. d.* ist gleich der *q. i. t. est* eine *actio vindictam spirans* und als solche unvererblich.[1])

e) Die Voraussetzungen der q. i. d.

α) Schenkungen.

Die erste Voraussetzung zur Erhebung der Klage liegt in übermässigen Schenkungen. Schenkung ist (nach Dernburg II 289) jede freigebige Vermögenszuwendung durch Vertrag. Es muss eine Bereicherung des Beschenkten und eine dementsprechende Vermögensminderung des Schenkers vorliegen. Sie ist möglich durch Uebereignung körperlicher Sachen, Besitzabtretung, Bestellung von dinglichen Nutzungsrechten, Uebertragung von Forderungen, durch Verzichte auf bereits angefallene Rechte, Schenkungsversprechen (Dernburg 290), eine Schenkung des ganzen Vermögens ist zulässig und zwar ohne Universalsuccession durch Uebermachung aller einzelnen Vermögensbestandteile, ebenso kann die unentgeltliche Gebrauchsüberlassung, wenn sie die Aufgabe einer regelmässigen Einnahmequelle in sich schliesst, Schenkung sein. Als besondere Schenkungen kommen 1. die remuneratorischen, 2. *donationes mortis causa* (s. u.) in Betracht. Ebenso wie die reine Schenkung unterliegen die *negotia cum donatione mixta* der Anfechtung. Es sind dies gegenseitige Geschäfte, bei denen aber die eine Leistung zu der andern in einem

[1]) S. hierüber Seufferts Archiv 23 No. 233.

solchen Missverhältnis steht, dass entweder eine verdeckte Schenkung angenommen werden muss, oder eine Schenkung in Verbindung mit einer Nichtschenkung vorliegt. Die Schenkungsabsicht ist auch hier erforderlich; eine Schenkung liegt nicht vor, wenn aus Irrtum, grober Fahrlässigkeit oder einem andern Grunde die Leistungen sich nicht entsprechen. Eine Anfechtung der *negotia cum donatione mixta* ist natürlich nur soweit möglich, als sich nach Abzug der Gegenleistung der Wert des Zugewendeten beläuft. Dies ist sowohl in der Wissenschaft[1]) wie in der Praxis anerkannt. Nach den gerichtlichen Urteilen sind es hauptsächlich Gutsverkäufe gewesen, bei denen Anfechtung wegen Verletzung des Pflichtteils zugelassen ist.[2])

β) Subjektive Voraussetzungen.

Ebenso wie in einer die Noterben beeinträchtigenden Verfügung von Todes wegen eine lieblose Gesinnung des Erblassers erblickt wurde, schien eine solche in pflichtwidrigen Schenkungen zu Lebzeiten begründet zu sein. Ein inoffizioses Testament braucht aber nicht notwendig gerade zum Endzwecke der Schädigung der Angehörigen gemacht zu sein, sondern es genügt zur Erhebung der Querel der objektiv ausgedrückte Wille des Erblassers, seinen Verwandten nicht das Pflichtteil zu hinterlassen. Inwieweit bei pflichtwidrigen Schenkungen das subjektive Element der absichtlichen Verkürzung vorhanden sein muss, ist Gegenstand lebhaften Streites. Die einen behaupten, dass der Schenker die Schenkung geradezu in der Absicht gemacht haben müsse, seine Erben zu schädigen, die andern, dass schon bei jeder objektiv den Pflichtteil verletzenden Schenkung die *q. i. d.* gewährt werden müsse. Ohne Zweifel wird ein subjektives Element in den Quellen stark hervorgehoben. So heisst es l. 87 § 3 D. *de leg. II*

[1]) Franke 540—544; Mühlenbruch 133—137.
[2]) Seuffert 4, 137; 9, 193; 17, 76; 23, 152.

— *intervertendae inoff. test. qu. causa — patrimonium exinanire;* l. 8 pr. c. 3, 29, l. 1 c. *eod.* werden ähnliche Ausdrücke gebraucht; *Vat. fragm.* 270: *Si donationibus patrimonium exhaustum in fraudem ceterorum filiorum probetur, Vat. fragm.* 271 — — *huius modi commentis* — — —. Von den Vertretern der Ansicht, dass *dolus* unbedingt erforderlich sei,[1]) wird ausgeführt, dass in mehreren Stellen die Absicht geradezu als Bedingung, zum Teil sogar als Gegenstand des Beweises genannt werde. Vor allen wird als beweisend die l. 8 c. 3, 29 angeführt: *Si liqueat matrem tuam intervertendae quaestionis inofficiosi causa patrimonium suum — — exhausisse, cum adversus eorum cogitationes, qui consiliis supremum iudicium anticipare contendunt et actiones filiorum exhauriunt — —.* Im daran sich schliessenden § 1 wird noch einmal die Absicht als Bedingung hervorgehoben — — — *in cuius bonis si idem consilium et eventus comprehendatur, lex — — — observabitur.*

Dasselbe findet sich in der bereits erwähnten Stelle aus *Vat. fragm.* 270. Hille (S. 30) hat hier versucht, dadurch, dass er statt *„in fraudem" „in perniciem"* setzte, das in ersterem enthaltene subjektive Moment abzuschwächen, wenn dies auch willkürlich erscheint, so wird doch das Wort *„fraus"* nicht immer als subjektive Schädigungsabsicht, sondern öfters noch als objektive Schädigung aufgefasst und als solche dem *dolus* geradezu gegenübergestellt.[2]) Trotzdem vieles für die erörterte Ansicht zu sprechen scheint, ist dieselbe mit der herrschenden Meinung abzulehnen.[3]) Von letzterer wird angenommen, dass die von den Gegnern angeführten

---

[1]) Schröder 516; Mühlenbruch 74—97; Dernburg III, 156.

[2]) Vergl. l. 7 § 10 D. *de pactis* 2, 14, l. 3 § 3 D. *pro socio* 17, 2. Eingehende Erörterung beider Begriffe bei Mühlenbruch 36, 80.

[3]) Glück VII, 167; Franke 505; Hille 27; Arndts 646; Vangerow 482; Windscheid 586; Puchta § 491; Sintenis § 200; Köppen 673

Stellen nur aus dem Grunde die Absicht erwähnen, weil es sich um eine genaue Wiedergabe der einzelnen Anfrage im Reskripte der Kaiser handle. Daraus, dass tatsächlich häufig die Schenkung in Verkürzungsabsicht vorgenommen sei, könne nicht gefolgert werden, dass allgemein die Absicht als Voraussetzung der Klage gegeben sein müsse. Es wird den Gegnern sodann eine Anzahl anderer Reskripte gegenübergestellt, wo das subjektive Moment sich nicht erwähnt findet.[1]) Franke (506) führt aus, das man bei richtiger Würdigung der Verhältnisse zu dem Ergebnisse gelangen müsse, dass in den wenigsten Fällen von wirklicher Bosheit geredet werden könne, wenn Eltern aus Schwäche oder unverständiger Vorliebe für eins ihrer Kinder dieses vor den übrigen derartig begünstigten, dass der Pflichtteil der andern verletzt würde. Und doch müsse man hier sagen, dass diese Schwäche sich als Lieblosigkeit, wenn auch nicht unmittelbar beabsichtigte, darstelle. Weiter wird von Franke (506) als gewichtiger Grund für unsere Ansicht angeführt die Zulassung der Klage nachgeborener Kinder, denen gegenüber eine Verkürzungsabsicht nicht vorliegen könne. Die Erwiderung Schröders (512), dass eine solche Absicht gegenüber nachgeborenen Kindern aus einer bereits bestehenden Ehe wohl angenommen werden könne, erscheint schwächlich. In Betracht kommt für diesen Fall die l. 5 *eod.* 3, 29 — *id quod ad submovendum inofficiosi t. quer. non ingratis liberis relinqui necesse est, ex factis donationibus detractum, ut filii vel nepotes, qui postea ex quocumque legitimo matrimonio nati sunt, debitam bonorum subsidium consequantur, ad patrimonium tuum revertetur.* Die von manchen[2]) aufgestellte Behauptung, dass hierdurch nur dem Schenker selbst die Anfechtung der Schenkung gestattet werde, ist offenbar eine willkürliche Auslegung. Ausserdem würde es unbillig sein,

[1]) l. 2, l. 3, l. 4, l. 6c 3, 29.

[2]) Mühlenbruch 69.

wenn das dem Schenker um seiner nachgeborenen Kinder willen eingeräumte Recht, nicht auch diesen selbst eingeräumt würde. — Vor allem stützt sich die herrschende Meinung (neben den angeführten Stellen) auf die Analogie mit der *q. i. t.* Diese erfordert, wie auch Gegner [1]) zugeben müssen, nur die objektive Verletzung des Pflichtteils. Da im Zweifel, wo nicht besondere Gründe dagegen sprechen, die *q. i. d.* gemäss der *q. i. t.* behandelt werden muss, ist auch bei unserer Querel von dem Erfordernis der Absicht abzusehen. Ganz allgemein schon lässt sich aus dem Zweck der *q. i. d.* diese Schlussfolgerung ableiten. Der Erblasser hat stets, wenn er auch in seinen Dispositionen nicht beschränkt ist, auf seine Familienangehörigen Rücksicht zu nehmen, er begeht mindestens eine grobe Fahrlässigkeit, wenn er bei Schenkungen an Dritte nicht seiner nächsten Angehörigen gedenkt. Schliesslich ist aus dem praktischen Gesichtspunkte, dass der *dolus* im einzelnen Falle sehr schwer nachzuweisen ist, dieser als Voraussetzung zur Erhebung der Klage abzulehnen. [2]) [3])

γ) Objektive Voraussetzungen.

Die eigentliche Voraussetzung zur Erhebung der Klage ist das objektive Erfordernis, dass die Schenkung im Augenblick ihrer Vornahme das nach dem derzeitigen Vermögensstande berechnete Pflichtteil verletzt. Wenn auch ein eigentlicher Pflichtteilsanspruch noch nicht vorhanden ist, so erscheint die Schenkung doch geeignet, das später entstehende Pflichtteil zu verletzen. Sie ist, kurz gesagt, die Verletzung einer Rechtsanwartschaft. Eine Schenkung,

---

[1]) Schröder 518; anderer Meinung Mühlenbruch S. 751, der im Falle irrtümlicher Ausschliessung im Gegensatz zur böswilligen einfache Nichtigkeit des Testamentes eintreten lässt.

[2]) Wegen des schwierigen Beweises wird auch selbst von Gegnern (Mühlenbruch 72) eine Art *dolus praesumtus* angenommen.

[3]) Abzulehnen (s. oben) ist ein Analogieschluss aus der *actio Faviana* und *Calvisiana* (Schröder 520).

die nicht im Augenblick ihrer Vornahme pflichtwidrig ist, kann es auch nicht durch spätere Vermögensverminderung werden. Dagegen kann durch Vermögensvermehrung die Pflichtwidrigkeit aufgehoben werden, da es unbillig erscheinen würde, wenn die Vermehrung dem Beschenkten nicht ebenso wie dem Pflichtteilsberechtigten zugute kommen sollte. Allgemein gilt der Grundsatz, dass der Zeitpunkt der Schenkung zur Feststellung der Pflichtwidrigkeit heranzuziehen ist, das Vermögen zur Todeszeit ist aber allein dafür massgebend, inwieweit eine wirkliche Reszission der Schenkung eintreten soll. Es ist daher teilweise unberechtigt, wenn Franke (508) sich gegen jene Schriftsteller erklärt, welche als Regel aufstellen, dass auf das Vermögen zur Todeszeit zu sehen und zu diesem die Summe der pflichtwidrigen Schenkungen hinzuzurechnen sei, da der Zeitpunkt des Todes für die Anfechtung der Schenkung von mindestens eben so grosser Bedeutung ist, als die Schenkungszeit.

Eine interessante Streitfrage hat sich darüber erhoben, wenn zwar nach der Zeit der Schenkung vom Schenker soviel erworben wird, dass dadurch die Pflichtwidrigkeit der Schenkung ausgeglichen wird, später aber dieser Vorteil wieder verloren geht. Ist der Anspruch gegen den Beschenkten mit der einmaligen Vermögensvermehrung ein für allemal aufgehoben, oder lebt er wieder auf, kurz, ist die Anfechtbarkeit ein einmaliger Mangel oder ein dauernder Pendenzzustand? Arndts (648) nimmt an, die Anfechtung sei ausgeschlossen, die Verletzung des Pflichtteils sei einmal durch Vermögensvermehrung vollständig wieder aufgewogen, der Grund der Verkleinerung des Pflichtteils liege nicht mehr in der pflichtwidrigen Schenkung, sondern in der noch später eingetretenen Vermögensverminderung, die zur Anfechtung nicht berechtigen könne. — Schröder (523) erwidert hiergegen mit Recht, dass die Tatsache des neuen Erwerbs für sich selbst keine juristische Bedeutung habe, es fehle an jedem Grunde für das Urteil, dass dieser Erwerb der früheren Schenkung die Eigenschaft einer pflichtwidrigen

Liberalität zumal dauernd benähme. Nur dann sei ein solcher Erwerb erheblich, wenn er bei dem Ableben des Schenkers sich noch im Nachlasse vorfände. In der Tat kann, wenn man auf den innern Grund und Zweck der Klage sieht, nur in diesem Sinne entschieden werden. (So auch die G. M.)

Ebenso wie bei der späteren Vermögensvermehrung, haben sich im umgekehrten Falle der Vermögensverminderung Meinungsverschiedenheiten hinsichtlich der Berechnung gebildet. Muss hier angenommen werden, dass, wie die Vermehrung, falls sie noch im Nachlass vorhanden ist, dem Beschenkten zugute kommt, ebenfalls die Verminderung auf die Grösse des herauszufordernden Betrages von Einfluss ist? Oder steht der herauszufordernde Betrag mit dem Augenblick der pflichtwidrigen Schenkung fest? Zur Erläuterung diene folgendes (Glück VII 98) entnommene Beispiel. Der Vater hat von seinem 8000 betragenden Vermögen 5000 fortgeschenkt (Pflichtteil $^1/_2$), Pflichtteilsverletzung 1000. In der Folge verliert er von den noch übrigen 3000 weitere 2000. Nachlass 1000. Steht nun der herauszufordernde Betrag mit 1000 fest, oder hat der Beschenkte für den weiteren Verlust der 2000 mit der Hälfte 1000, also zusammen 2000 zu haften? Die Differenz beider Berechnungsweisen beträgt 1000. Die erste Meinung, dass die Schenkungszeit entscheidet, wird von Mühlenbruch (36, 121) vertreten. Es scheint hierfür Nov. 92. I zu sprechen; wo es heisst — *servare partem legitimam, quanta erat, antequam pater donationem in filium conferret.* Doch hat dieser Fall eine spätere Vermögensverminderung nicht im Auge, weshalb er hier nicht massgebend sein kann. Für die zweite, m. E. richtige Ansicht, spricht einmal die Billigkeit, dass Vermehrung und Verminderung des Vermögens in gleicher Weise für Beschenkte und Pflichtteilsberechtigte wirken muss, andrerseits, wie Schröder (525) hervorhebt, dass der Pflichtteil erst im Augenblick des Todes des Erblassers

entsteht, und es mit Rücksicht darauf unverständlich erscheinen würde, wie dem Noterben vom Beschenkten eine Leistung auf einen Pflichtteil zukäme, der für eine vor dem Tode liegende Zeit ermittelt würde. „Es würde infolgedessen eine doppelte Berechnung zur Feststellung des herauszufordernden Betrages nötig sein. Die hier vertretene Ansicht gelangt zwar gleichfalls zu einer doppelten Wertbestimmung, aber die Berechnung für den Zeitpunkt der Schenkung dient doch nur zur Feststellung der Pflichtwidrigkeit, nicht zur Berechnung des Pflichtteils".

Von dem Grundsatz, dass zur Feststellung der Pflichtwidrigkeit einer Schenkung der Zeitpunkt der Schenkung massgebend ist, muss eine allerdings nur scheinbare Ausnahme gemacht werden. Wenn der Schenker nach Vornahme einer nicht pflichtwidrigen Schenkung von dem so verminderten Vermögen eine zweite Schenkung vornimmt, wäre es unbillig, für die Pflichtwidrigkeit der zweiten Schenkung den nunmehrigen Vermögensstand zu Grunde zu legen, da so durch beständig aufeinanderfolgende Schenkungen der Schenker die Verletzung des Pflichtteils umgehen könnte. Es muss hier der Standpunkt eingenommen werden, dass es gleichgiltig ist, ob ein gewisser, vom Gesetze gemissbilligter Erfolg, durch eine Handlung oder mehrere Teilhandlungen erreicht wird.

Wenn daher Endemann (XX. J.) und von Thur (XXI. J.) die Untauglichkeit des gemeinrechtlichen Systems damit nachweisen wollen, dass eine Umgehung der gesetzlichen Bestimmungen auf diese Weise sehr leicht möglich sei, ist dem nicht beizustimmen. In den meisten Quellenstellen wird auch nicht von einer übermässigen Schenkung gesprochen, sondern regelmässig von *„donationes immensae, immodicae"*, woraus geschlossen werden darf, dass es auf den Gesamtbetrag, auf die Gesamtwirkung aller Schenkungen ankommt. Durch Zusammenrechnung aller Schenkungen wird festgestellt, welche Schenkung zuerst den Pflichtteil verletzt, der für jede Schenkung nach dem Vermögens-

stande zur Zeit ihrer Vornahme berechnet wird. Beispiel: Vermögen 60, Schenkung 30 (nicht pflichtwidrig), späteres Vermögen 50, Schenkung 25. Diese zweite Schenkung wäre nach dem Vermögensstand zur Zeit ihrer Vornahme nicht pflichtwidrig, durch Hinzurechnung der ersten Schenkung von 30 zum Vermögen = 50, stellt sich der Pflichtteil auf 40, die zweite Schenkung verletzt also den Pflichtteil um 40 — 25 = 15. — Die Endemannsche[1]) Ansicht, dass die Frage, ob durch die gesamten Schenkungen eine Verletzung des Pflichtteilsberechtigten herbeigeführt worden sei, vom Standpunkte des Vermögens zur Zeit der ersten Schenkung beantwortet werden muss, würde zu unglaublichen Folgerungen führen, wie dies von Kipp (XXI. J. 90) nachgewiesen ist. Ebensowenig ist aber der offenbar von Kipp vertretenen Ansicht beizustimmen, dass es dem Pflichtteilsberechtigten überlassen ist, den Vermögensstand zur Zeit irgend einer Schenkung (natürlich den günstigsten) für die Berechnung des Pflichtteils auszuwählen. Vielmehr ist für jede Schenkung der Vermögensstand zur Zeit ihrer Vornahme massgebend, nur dass die übrigen (pflichtwidrigen oder nicht pflichtwidrigen) ihre zeitlich vorgehenden Schenkungsbeträge dem Vermögen zwecks Feststellung der Pflichtwidrigkeit hinzugerechnet werden. — Ebensowenig, wie durch sonstige nachfolgende Vermögensverminderung kann natürlich durch eine spätere Schenkung die frühere pflichtwidrig werden. Ebensowenig kann durch letztwillige Verfügungen eine solche Wirkung herbeigeführt werden, da diese vor Schenkungen dem Angriff des Verletzten unterliegen. — Selbstverständlich ist es, dass mehrere gleichzeitige oder wenn auch nacheinander erfolgende, aber auf einem Entschlusse beruhende Schenkungen *pro rata* haften.

Aus den Quellen ergibt sich aufs deutlichste, dass ein Unterschied, ob übermässige Schenkungen an Dritte oder Pflichtteilsberechtigte erfolgt sind, nicht gemacht wird. So

---

[1]) XX. J. S. 52.

wird in l. 1 c. 3, 29 von *„donationes in liberos sive in extraneos“*, in l. 3 C. *eod.* ganz allgemein von übermässigen Schenkungen gesprochen. In Nov. 92, wird noch besonders auf den Fall hingewiesen, dass übermässig beschenkte Pflichtteilsberechtigte mit anderen Pflichtteilsberechtigten als Erben eingesetzt sind. Hier soll es ihnen nicht gestattet sein, durch Ausschlagung der Erbschaft sich der Ausgleichungspflicht entziehen zu können, vielmehr wird im Falle der Ausschlagung den im Pflichtteil geschädigten Personen die *q. i. d.* gewährt. Schröder (S. 530) konstruiert aus der Nov. 92 noch folgende Möglichkeiten: „1. Es liegt ein Testament vor, das den berechtigten Kindern den Pflichtteil hinterlässt, die begünstigten sind auf den hierfür nicht mehr ausreichenden Rest eingesetzt. An sich (formal) läge Verletzung des Pflichtteils vor, die nicht auf ihr Pflichtteil Eingesetzten könnten die *q. i. t.* erheben. Dies soll ihnen aber durch vorherige genügende Schenkungen abgeschnitten sein. 2. Daraus folgt, würde das Testament alle Kinder gleich bedenken, so läge für die nicht vorher Beschenkten Verletzung im Pflichtteil vor, und sie könnten die *actio suppletoria* gegen die Beschenkten erheben. 3. Die Erbmasse reicht nicht einmal zur Gewährung des Pflichtteils der früher nicht bedachten Kinder aus. Hier unterliegen die Beschenkten der *q. i. d.* (s. o.)“. Voraussetzung zur Erhebung der Querel unter Pflichtteilsberechtigten ist also jedenfalls, dass die Erbmasse nicht zur Befriedigung der nicht vorher Bedachten ausreicht.

Bisher war nur von einer Verletzung des Pflichtteils durch übermässige Schenkungen die Rede, in gewissen Fällen kommen aber Schenkungen, die an sich nicht pflichtwidrig sind, in Betracht; dieselben dürfen zwar nie dem Nachlass hinzugerechnet werden zwecks Feststellung des Pflichtteils, aber sie werden dem begünstigten Pflichtteilsberechtigten (nur für solche kommt dies überhaupt in Frage), auf den Pflichtteil angerechnet. Der beschenkte Pflichtteilsberechtigte kann also weder, wenn er nicht auf sein Pflicht-

teil eingesetzt ist, die andern Erben belangen, wenn Schenkung nnd das ihm Hinterlassene zusammen den Pflichtteil ausmachen, noch sich an einen dritten übermässig Beschenkten halten, insoweit seine Forderung gegen diesen durch die ihm selber gemachte Schenkung gedeckt ist,[1]) „Denn, wenn er Schenkungen, welche andere empfangen, deshalb angreifen will, weil sie seinen Pflichtteil verletzen, so muss er sich auch Schenkungen, welche er selbst von dem Verstorbenen erhielt, in seinen Pflichtteil einrechnen lassen (Franke 516).“

f) Umfang und Ziel der Klage.

In der bisherigen Darstellung ist der Standpunkt vertreten, wenn auch noch nicht näher begründet worden, dass die Reszission einer pflichtwidrigen Schenkung immer nur bis zum Betrage des Pflichtteils erfolgen kann. Dies scheint auch schon aus dem Gesichtspunkte gerechtfertigt, dass die Schenkungen nur pflichtwidrig sind, wenn sie das Pflichtteil verletzen, und die Anfechtung nur wegen der Verletzung des Pflichtteils erfolgt. Diese herrschende Ansicht[2]) wird jedoch von einigen Schriftstellern nicht geteilt. Diese gehen von der Analogie mit der *q. i. t.* aus, welch' letztere die formale Wirkung völliger Aufhebung des Testaments habe und Eintritt der Intestaterbfolge herbeiführe; dementsprechend sei auch die pflichtwidrige Schenkung unter Lebenden als formell ungiltig in ihrem Gesamtbetrage oder doch jedenfalls, bis zum Betrage der Intestatportion des anfechtenden Noterben aufzuheben. Die Ansicht einer völligen oder doch über den Pflichtteil hinausgehenden Reszission der Schenkung wird schon (vgl. Glück VII. 185) in älteren Zeiten u. a. von Faber, Thomasius, Böhmer vertreten und hat auch in der

---

[1]) In l. 7c 3, 29 findet sich dieser Fall erwähnt.

[2]) Glück VII, 158—172; Franke 521—533; Mühlenbruch 97—117; Arndts 645; Vangerow § 482; Windscheid III § 586; Schröder 531—541.

damaligen Praxis Anklang gefunden. Man berief sich vor allem auf l. ult. c. 3, 29, wo es heisst: „ — — *quod immodicarum donationum omnibus (!) querela ad similitudinem inofficiosi testamenti legibus fuerit introducta et sit in hoc actionis utriusque vel una causa vel similis aestimanda vel idem et temporibus et moribus.* Es ist schon oben nachgewiesen worden, dass dieser Stelle keine absolute Beweiskraft beizulegen ist (s. S. 7). Andere, so Zimmern[1]) und Hille,[2]) unterscheiden, je nach dem die Schenkung an einen Fremden oder an einen Pflichtteilsberechtigten gemacht ist. Nach Zimmern soll der Pflichtteilsberechtigte vom Fremden alles, vom beschenkten Noterben nur seine Intestatportion, später nach justinianischem Rechte im Falle, dass er selbst etwas erhalten habe, nur die Ergänzung des Pflichtteils fordern können. Mühlenbruch (S. 99) führt gegen diese Unterscheidung aus: „Es sei weder im allgemeinen ein Grund vorhanden, zwischen Schenkungen an Fremde und Noterben zu unterscheiden, noch liesse sich dies aus den Quellen rechtfertigen. An sich (juristisch!) könne man einem Fremden ebensowohl als einem nahen Verwandten sein Vermögen zuwenden, sofern dadurch nur kein Plichtteilsrecht verletzt werde, mithin sei es nicht einzusehen, warum, wenn das geschehen sei, der beeinträchtigte Noterbe im ersteren Falle mehr als im zweiten Falle fordern dürfe. Ausserdem widerspreche die von Zimmern vertretene völlige Reszisson der Schenkung der gerade von ihm aufrecht erhaltenen völligen Gleichstellung der *q. i. d.* mit der *q. i. t.*, da die Testamentsquerel dem Anfechtenden immer nur zum Intestatquerel verhelfe.“ — Gehen wir nunmehr zu der von mehreren Gegnern aufgestellten Ansicht, dass die Klage auf die Intestatportion gerichtet sei, wie dies der Analogie mit der Testamentsquerel entspräche.

[1]) Zimmern, römischrechtliche Untersuchungen S. 74.
[2]) Hille, Diss. p. 41.

Hauptsächlich stützen sich dieselben dabei auf zwei Quellenstellen, die l. 87 § 3 D. *de leg. II* und l. 4 C. *de contrahenda empt.* 4, 38. In der ersten Stelle heisst es: „— — *ratio deposcit, id quod donatum est, pro dimidia parte revocari.*“ Unleugbar bedeutet hier „*dimidia pars*“ die Intestatportion, da hier nur von zwei Enkeln die Rede ist, von denen der eine durch Schenkungen an den andern geschädigt ist. Wenn dennoch einige ältere Schriftsteller wie Azo, Accursius, Donellus, die Erklärung versucht haben, *dimidia pars* sei gesetzt für *dimidia pars quartae,* so springt die Willkürlichkeit solcher Interpretation in die Augen (vgl. Glück VII 187); Breidenbach (Arch. für ziv. Pr. 28, 29) hat aufs ausführlichste nachgewiesen, dass auf jeden Fall hier die Intestatportion gemeint sein müsse,[1]) die gem. M. nimmt an, das ursprünglich — dieses Reskript ist überhaupt das erste über Verletzung durch Schenkungen (s. S. 6) — die hierin ausgesprochene Ansicht Geltung gehabt habe, aber später ein Wechsel der Theorie eingetreten sei. Marcusen (Habil. S. 34) leugnet dieses mit Recht und versucht zu beweisen, dass dieses Reskript keinen allgemein verbindlichen Charakter gehabt haben könne. Er führt folgende Gründe hierfür an:

1. Die Kaiserreskripte hatten in der ersten Zeit, solange noch die *responsa prudentium* eine überragende Stellung einnahmen, neben diesen nur eine untergeordnete Bedeutung, die *rescripta* widerliefen oft geradezu den *responsa.*

2. Paulus führt das Reskript nur als Zitat für eine andere mit der unsrigen nicht zusammenhängende Frage an, es hat also jedenfalls nur nebensächliche Bedeutung.

3. Die Reskripte derselben Kaiser in dieser Periode widersprechen sich des öftern.

---

[1]) Vergl. auch Schröder 533; Franke 523, und Mühlenbruch 36, 110.

4. Wenn die Kompilatoren des *c. i.* einen Widerspruch dieser Stelle mit der im *codex* 3, 29 zusammengefassten Lehre für vorliegend erachtet hätten, hätten sie diese Divergenz ausgeglichen. Es muss angenommen werden, dass dieselbe bloss als historisches Datum aufgenommen ist, sonst würde sie wohl in den *cod.* 3, 29 gebracht sein.

5. Möglicherweise ist dieses Reskript nur als ein für den einzelnen Fall gegebenes Gnadenreskript anzusehen, wofür die Anrede: *„Juliane carissime"* zu sprechen scheint.

Ferner scheint noch die l. 4 c. *de contrah. empt.* 4, 38 für die gegnerische Ansicht zu sprechen. Hier hat der Beschenkte die geschenkten Sachen, um eine Reszission der Schenkung zu verhindern, vom Erben noch ausserdem gekauft, will also auf Grund eines doppelten Titels besitzen. Dies ist unmöglich, denn ist die Schenkung giltig, so ist der Kauf ungiltig. Es soll aber nach der Bestimmung des Kaisers dem mit der *q. i. d.* Belangten gegen den Erben eine Einrede auf Grund des Kaufes gewährt werden. In den Worten: *„si ex donatione te non fuisse dominum demonstretur"* scheint zu liegen, dass die inoffiziose Schenkung ihrem Gesamtbetrage nach angefochten werden kann. Dies scheint auch durch den Schlusssatz bestätigt zu sein *„Sane quoniam omnia bona tibi ab ea donata et tradita dicis, ad hoc — — — affere — — — poteris defensionem, ne vel exemplo inofficiosi testamenti possit haec avocare."* Hiergegen führt Mühlenbruch (111) mit Recht aus, dass hier ja nicht die geringste Veranlassung vorlag, das Quantum der Reszissionsklage zu bestimmen, es dürfe auf einen allgemeinen und unbestimmten Ausdruck nicht das Gewicht gelegt werden, als wenn der Hauptzweck der Konstitution die Festsetzung des rückzufordernden Betrages gewesen wäre. Das *„omnia bona donata"* sei nur auf den Veranlassungsgrund der Querel zu beziehen und dürfe nicht mit den Schlussworten der Stelle in solche Verbindung gebracht werden,

als ob gesagt wäre — *possit haec omnia avocare.* Gesucht erscheint Frankes Ansicht (530), dass der Erbe erst mit der Querel gedroht und darauf einen Kauf über eine dem Pflichtteil entsprechende Quantität der geschenkten Sachen abgeschlossen habe. — Begründen demnach die beiden soeben erörterten Stellen keinen vollen Beweis für die gegnerische Ansicht, so ergibt sich aus der Mehrzahl der im *codex* 3, 29 enthaltenen Stellen mit Entschiedenheit die Richtigkeit der herrschenden Ansicht, wenn auch einige Zweifel entstehen können. In l. 1 heisst es: „— — *utpote quartam non habendibus — non iniuria iuxta formam de officioso testamento — — subveniri vobis desideratis.*" Die *q. i. d.* wird den Noterben gewährt, da sie ihr Pflichtteil nicht haben. Manche halten diese Stelle für durchaus beweisend fur unsre Ansicht, doch kann dies mit Vangerow (II 482) nicht zugegeben werden, da man aus den Worten: *utpote* — — ebensowohl den Grund, die Voraussetzung des Gesetzes herauslesen kann, wie die Bestimmung des einzufordernden Betrages (so Breidenbach 28, 83). Die Uebersetzung von Marcusen (S. 14): „Weil ihr eure Quart nicht habt, so sollt ihr ein der Inoffiziositätsquerel analoges Rechtsmittel erhalten, um zu derselben zu gelangen", ist einigermassen gewagt. In l. 2. c. *eod.* heisst es: — — *ut tibi quartam debitae ab intestato portionis praestet incolumem.* Die *quarta debita ab intestato portio* entspricht ohne Zweifel dem Pflichtteil, aber die falzidische Quart wird ebenso bezeichnet und nur von letzterer kann hier die Rede sein, da eine Schenkung an einen Haussohn vorliegt, die, an sich ungiltig, erst mit dem Tode des Erblassers konvalesziert, und als *mortis causa donatio* analog den Vermächtnissen dem Abzug des falzidischen Quart (s. u.) unterliegt. Von einer *q. i. d.* kann in diesem Falle, wie Vangerow (S. 281) richtig bemerkt, nicht gesprochen werden, wie denn auch ausdrücklich der *arbiter familiae erciscundae* angewiesen ist, dem Benachteiligten zu seinem Rechte, nämlich der falzidischen Quart, zu ver-

helfen. — Im zweiten Teile des Reskrips wird dagegen der Fall einer Schenkung an einen *emancipatus* behandelt, und hiergegen dem Verletzten ein *auxilium aequitatis ad similitudinem inofficiosi t. querelae* gewährt. Den Gegenstand dieser letzteren Klage aus der ersten Entscheidung entnehmen zu wollen, erklärt Schröder (536) für nicht zulässig. Immerhin lässt sich hierzu vielleicht sagen, dass es nicht wohl glaublich sein würde, wenn eine an sich ungiltige Schenkung zu einem grösseren Teil erhalten werden sollte, als eine an sich giltige, gegen welche nur ein *auxilium aequitatis* gewährt wird, ferner, dass im zweiten Teile des Reskripts doch wohl eine genauere Angabe des Gegenstandes der Forderung sich vorfinden müsste, wenn hier eine schärfere Wirkung als im ersteren Falle eintreten sollte. — In l. 4 C. *eod.* heisst es: *„in removendis his, quae perperam gesta sunt.“* Hier ist aber nur in zweiter Linie von der *q. i. d.* die Rede, der verletzte Noterbe soll zunächst durch Nachsuchung der *in integrum restitutio* zu seinem Rechte zu kommen suchen. Breidenbach (28, 36) folgert aus der Zusammenstellung beider Rechtsmittel, dass man bei unsrer Auffassung eine ganz neue *in integrum restitutio* konstruieren müsse, die mit Rücksicht auf das Pflichtteil stattfände, will also aus der Wirkung der *in integrum restitutio* auf den Umfang der *q. i. d.* schliessen, dass völlige Reszission der Schenkung eintrete. Dem ist nicht beizustimmen, da es sehr wohl miteinander zu vereinen ist, dass zunächst die *in integrum restitutio* auf das Ganze nachgesucht werden kann, und wenn diese nicht gewährt wird, die *q. i. d.* auf den Pflichtteil gegeben wird. Im übrigen ist die Stelle nicht beweisend für unsere Ansicht. In l. 5 *eod.* wird zunächst dem Schenker selbst das Recht eingeräumt, für seine nachgeborenen Kinder: *„— ut debitum bonorum subsidium consequantur“* — die Schenkung anzufechten. Unter *debitum bonorum subsidium* kann hier nur der Pflichtteil verstanden werden. Dies wird auch allseits

zugegeben, doch wird von vielen und zwar auch von Vertretern unserer Ansicht (Schröder 515, Vangerow 482) die Beweiskraft dieser Stelle geleugnet, weil hier von der *q. i. d.* nicht gesprochen sei, vielmehr nur der Schenker selbst ein Rückforderungsrecht hätte. Die Worte *„ad patrimonium tuum revertetur"* lassen diese Auffassung mindestens zweifelhaft erscheinen. Jedenfalls dürfte der Analogieschluss gerechtfertigt sein, dass dasjenige, was der Schenker selbst fordern darf für seine Erben, auch diesen selbst nicht abgesprochen werden darf, dass aber andrerseits auch nicht anzunehmen ist, dass die Klage der Pflichtteilsberechtigten selbst eine stärkere Wirkung ausübt, als die des Schenkers, da die Pflichtwidrigkeit einer Schenkung mit dem Laufe der Zeit eher ab- als zunimmt. Ziemlich beweisend für unsre Ansicht ist ferner l. 7 c. *eod.* *„— — ut quartae partis dimidium, quod ad excludendam inofficiosi testamenti querelam adversus te sufficeret — — non habeas, quod immoderate gestum est, revocabitur"*. Der Ausdruck *quartae partis dimidium* kann nur den Pflichtteil bezeichnen, sodann liegt in dem *„quod immoderate gestum est"* — dass nur das im Uebermass Geschenkte, also der den Pflichtteil verletzende Betrag, verlangt werden kann. Es ist anzunehmen, dass der im ersten und im zweiten Relativsatz bezeichnete Forderungsgegenstand derselbe ist. — Am klarsten findet sich unsere Ansicht in l. 8 c. *eod.* ausgesprochen, in den Worten: *„quod donatum est, pro ratione quartae ad instar inofficiosi testamenti convicti diminuetur"*. Die Uebersetzung der Gegner (Zimmern 24, Breidenbach 28, 41, Hille 45), die Querel wurde „aus Rücksicht auf die entzogene Quart" gestattet, ist mit Recht von Vangerow (271) als grammatisch unmöglich bezeichnet worden. Hier ergibt sich aufs klarste durch den der Bestimmung des Gegenstandes der Forderung sogleich folgenden Hinweis auf die Analogie mit der *q. i. t.*, dass diese nur als Ausdruck der Missbilligung der Pflichtteilsverkürzung, nicht im Umfang ihrer

Wirkung als Vorbild für die *q. i. d.* betrachtet wurde. Bestimmt wird unsre Ansicht ferner in l. *un c. de inoff. dot.* 3, 20, die unbedenklich herangezogen werden kann, da die *q. i. dotis* im Grunde nichts anderes ist als die *q. i. don.*, ausgesprochen. Hier sollen den geschädigten Söhnen die *„emolumenta debita"*, worunter nur Pflichtteil verstanden werden kann, gewährt werden (vgl. die bei Schröder S. 534 zum Beweise angeführten entsprechenden Stellen). Justinian hat schliesslich in Nov. 92 noch einmal die hier vertretene Ansicht scharf betont und sagt zum Schluss: *„et haec quidem nostra ab initio cogitatio fuit"*. — Ergibt sich so aus den erörterten Quellenstellen mit Entschiedenheit, dass die Wirkung der *q. i. t.* und der *q. i. d.* eine verschiedene sein muss, so führt auch schon eine Zergliederung des Wesens beider Klagen dahin, dass eine völlige Uebereinstimmung derselben völlig von der Hand gewiesen werden muss. Die *q. i. t.* wird vom ungerechtfertigt ausgeschlossenen Intestaterben gegen den Testamentserben angestellt. Es handelt sich darum, wer von beiden Erbe sein soll, die Querel richtet sich auf Erlangung der Erbenqualität. Schröder (S. 540) führt hierzu folgendes aus: „Wenn uns die Inkongruenz begegnet, dass der Kläger auf Grund der Beschwerde über blosse Pflichtteilsverletzung den vollen Intestaterbteil erlangt, so beruht dies nicht auf einer Forderung der Gerechtigkeit, sondern darauf, dass es sich bei dem Anspruch hüben und drüben um Erbesein handelt." Ein Grund für solch starke Wirkung besteht nicht bei der Anfechtung einer pflichtwidrigen Schenkung, wie denn überhaupt bei der *q. i. t.* mehr das Formalitätsprinzip des römischen Erbrechts zum Ausdruck gelangt, während bei der in loserer Beziehung zum Erbrecht stehenden lebzeitigen Schenkung das Billigkeitsprinzip massgebend sein muss. Ferner ist der Erwerb beim Testamentserben erst jetzt eingetreten, seine Vermögenslage hat sich noch nicht dementsprechend umgestaltet, wie dies bei einer möglicherweise

schon vor Jahren erfolgten Schenkung der Fall ist. Testamentserben und Beschenkte völlig gleichzustellen, wäre eine bare Ungerechtigkeit schon wegen des zeitlichen Unterschiedes. Justinian führte ausserdem selbst gegen Testamentserben zwecks möglichster Aufrechterhaltung des Testaments in gewissen Fällen, wo der Noterbe nicht genügend bedacht war, die *actio suppletoria* ein, es würde unbillig sein, wenn hiernach der Testamentserbe sogar besser gestellt wäre, als der Beschenkte. Eine analoge Anwendung der *actio suppletoria*, wie dies von einigen Vertretern der gegnerischen Ansicht für möglich gehalten worden ist, ist übrigens abzuweisen, weil diese Klage, wie Mühlenbruch (S. 128) bemerkt, nur den unvollständig ausgesprochenen Willen des Erblassers ergänzen soll, während die *q. i. d.* eine nach sonstigen Rechtsbegriffen giltige Schenkung angreift. Auch findet sich diese Ansicht nicht in den Quellen begründet.

g) Verpflichtete Personen.

Dafür, dass der Pflichtteilsberechtigte zu seinem vollen, durch die übermässigen Schenkungen vergrösserten Pflichtteil gelangt, haftet in erster Linie der Erbe; nur wenn der Nachlass nicht ausreicht, kann gegen den Beschenkten mit der *q. i. d.* vorgegangen werden. Die Frage, ob der Anspruch des Pflichtteilsberechtigten persönlicher oder dinglicher Natur, ob also der geschenkte Gegenstand selbst *in obligatione* ist, oder nur der Beschenkte persönlich haftet, ist schon oben (S. 9) in letzterem Sinne entschieden worden. Der Anspruch richtet sich auf anteilige Herausgabe des geschenkten Gegenstandes. Mit Franke (520) und Schröder (507) ist anzunehmen, dass dieser Gegenstand, der doch mittelst an sich giltigen Rechtsgeschäftes in das Vermögen des Beschenkten gekommen ist, nicht in seiner individuellen Gestalt herausgegeben zu werden braucht, sondern der Beschenkte nach seiner Wahl den Berechtigten mit Geld abfinden kann. Aus den Quellen allerdings er-

gibt sich nichts Unmittelbares über diese Frage. Wenn Franke (S. 533) sich auf die von der *actio Faviana* und *Calvisiana* handelnde l. 1. C. 12, 13 D. *si quid in fraud.* 38, 5, beruft, wo dem Erwerber die Wahl gestellt wird, ob er das Geschäft unter verhältnismässiger Erhöhung der Leistung bestehen lassen oder dasselbe rückgängig machen will, so folgt daraus, wie Schröder (S. 508) mit Recht bemerkt, nichts für die Behandlung der Schenkungen. Aus Nov. 92 könnte vielleicht folgendes in Betracht kommen: — — — *omnibus modis complere fratribus, quod hinc differt* — — — *ut non minus habeant illi, quod ex legibus eis debetur* — — — Selbstverständlich haftet der Beschenkte mit dem für den geschenkten Gegenstand erlangten Surrogat. Ist auch ein solches nicht mehr vorhanden, so ist die Haftung erloschen, da eine Bereicherung nicht mehr vorliegt.

h) Ausschluss der Klage.

Die Verwandtschaft der *q. i. d.* mit der Testamentsquerel äussert sich schliesslich in der Anwendung der Rechtsgrundsätze über Wegfall der Querel durch verdiente Ausschliessung vom Pflichtteil, Verzicht, Verjährung und Tod des Berechtigten.

1. Wie ein Testament nicht von dem verdientermassen ausgeschlossenen Noterben angefochten werden kann, so ist auch die Anstellung der *q. i. d.* in diesem Falle nicht möglich. Dies ergibt sich auch aus l. 5. c. 3, 29: — — — *quod ad submovendam inofficiosi testamenti querelam non ingratis liberis relinqui necesse est* — — — ferner aus l. 9, *eod.*, wo die Gleichstellung beider Klagen mit den Worten ausgesprochen ist: *„vel idem temporibus vel moribus“*. Einer Angabe eines Ausschliessungsgrundes bedarf es nicht, „zumal diese auch nicht wohl bei einem Rechtsgeschäfte unter dritten Personen eine Stelle finden könnte“ (Schröder, 540).

2. Ferner kann der Anspruch durch Verzicht erlöschen. Ein vertragsmässiger Verzicht war zwar ursprünglich im römischen Recht als unsittlich nicht gestattet, ist aber später im gemeinen Rechte allseitig anerkannt worden. Weit häufiger als vertragsmässiger Verzicht ist einseitige Anerkennung der letztwilligen Verfügung oder der lebzeitigen Schenkung. In l. 1. c. *de i. integr. rest. min.* 2, 22 heisst es: *Illud respiciendum est, num inoff. qu. vel palam vel tacita dissimulatione renuntiatum sit.* In l. 6. C. 3, 29 heisst es: — — — *si voluntatem eius non agnovisti* — — — Die Anerkennung kann durch Erklärung und konkludente Handlungen erfolgen. Letztere kann z. B. in der Annahme einer vom Beschenkten an den Pflichtteilsberechtigten zu leistenden Auflage bestehen (s. Schröder 542).[1])

3. Die Verjährungsfrist der *q. i. t.* von fünf Jahren ist analog auf die *q. i. d.* anzuwenden. Die Frist beginnt aber schon abweichend von ersterer, die mit der Annahme des Testamentserben beginnt, mit dem Erbfall, (nicht aber schon mit der Zeit der Schenkung).[2])

4. Die *q. i. d.* erlischt als eine *actio vindictam spirans* mit dem Tode des Noterben. Jedoch ist, wie bei der Testamentsquerel, anzunehmen, dass die Vorbereitung der Klage zur Aufrechterhaltung für die Erben genügt.[3])

5. Dass die *q. i. d.* als subsidiäre Klage durch andere Rechtsmittel ausgeschlossen wird, ist bereits oben (S. 10) erörtert worden.

i) Die q. i. dotis.

In dem dem *cod.* 3, 29 folgenden Titel 3, 30 *de inoff. dotibus* ist eine der *q. i. d.* entsprechende *q. i. dotis* gegen übermässige Dosbestellung gewährt worden. Abweichende Grundsätze für dieselbe sind nicht aufzustellen. Die l. un. c.

---

[1]) Ger. Entscheid. hierüber s. Seuffert 3, 357; 17, 76.

[2]) Glück VII, 176; Franke 534.

[3]) Schröder 545; Seuffert 23/233.

de inoff. dot. 3, 30 lautet: — — — „*Cum omnia bona a matre tua dote dicantur exhausta, concordare legibus promptum est, ut ad exemplum inofficiosi testamenti adversus dotem immodicam exercendae actionis copia tribuatur et filiis conquerentibus emolumenta debita deferantur*". Vielfach wurde früher angenommen (vergl. Glück S. 184), dass hier von einer Witwe die Rede ist, die ihr ganzes Vermögen dem zweiten Ehemann zum Nachteil der Kinder erster Ehe als *dos* zugewendet hat, mit der Bestimmung, dass ihm dieselbe nach ihrem Tode verbleiben sollte. Dies erscheint deswegen ausgeschlossen, weil eine zur zweiten Ehe Schreitende im Justinianischen Rechte dem zweiten Ehegatten nicht mehr zuwenden kann, als das am geringsten bedachte Kind erster Ehe erhält (so Schröder S. 549). Es liegt also Dosbestellung der eigenen Mutter in der Ehe vor, der die benachteiligten Kinder entstammen. Der Einwand, dass die Kinder ja den Vater selbst, dem die *dos* zufällt, später beerben, ist dahin abzuweisen, dass der mit dem Tode der Mutter entstehende Pflichtteilsanspruch auch durch das fernere Eigentum und die freie Verfügungsmacht des Vaters verletzt wird, da die Kinder, soweit sie *sui iuris* sind, die Ueberweisung des Pflichtteils sofort verlangen können, und wenn sie unter väterlicher Gewalt stehen, dem Vater an der Erbschaft der Kinder nur der Niessbrauch, nicht aber volles Eigentum zusteht. — Ebenso kann eine Pflichtteilsverletzung durch eine seitens eines Aszendenten an eine Tochter erfolgende übermässige Dosbestellung für die übrigen Nachkommen entstehen, weswegen die *q. i. dot.* erhoben werden kann. Im übrigen kann auf die einzelnen Möglichkeiten hier nicht näher eingegangen werden. Die Hauptanwendungsfälle der Querel sind bei Franke (538—540) und Mühlenbruch (131—133) ausführlich dargestellt.

3. Die Verletzung des Pflichtteils durch Schenkungen von Todes wegen.

Die *q. i. d.* bezweckt, wie sich aus der bisherigen Darstellung ergibt, die Anfechtung von Schenkungen unter Lebenden. Einer besonderen Behandlung unterliegen, ihrer Natur entsprechend, die letztwilligen Zuwendungen, unter ihnen auch die *mortis causa donatis.* Andrerseits liegt die Verwandtschaft lebzeitiger und letztwilliger Zuwendungen auf der Hand. Man hat sowohl die Schenkung unter Lebenden unter dem Gesichtspunkte eines antizipierten Vermächtnisses aufgefasst, als auch ist eine Zusammenfassung aller letztwilligen Verfügungen unter dem Gesichtspunkte der Schenkung möglich.

a) Durch letztwillige Verfügungen überhaupt.

α) Durch Testament.

Dass die Römer dies wohl erkannten, erhellt schon daraus, dass die *q. i. d.* geschichtlich und dogmatisch aus der *q. i. t.* hergeleitet worden ist. Dass die Wirkung bei der Klage im einzelnen eine verschiedene sein muss, erklärt sich, wie schon oben (S. 28) nachgewiesen ist, aus der formaleren Natur des Testaments.

β) Durch Erbvertrag.

Noch näher als das Testament steht der Erbvertrag der Schenkung. Derselbe war von den Römern zwar ursprünglich ebenso wie der Erbverzicht als unsittlich nicht anerkannt, ist aber später im gemeinen Rechte durch deutschrechtlichen Einfluss zur Geltung gelangt. Welche Rechtsmittel dem durch Erbvertrag verletzten Pflichtteilsberechtigten zustehen, ist bestritten. Windscheid (III 586) will den Erbvertrag in diesem Falle wie ein Testament behandelt wissen.[1]) Dieser Ansicht kann aber aus dem Grunde nicht

[1]) Vergl. auch Seufferts Archiv 1 No. 89, 20 No. 147.

beigepflichtet werden, weil der Erbvertrag als deutschrechtliches Institut dem römischen Rechte an sich fremd ist und eine analoge Anwendung der Vorschriften über Testament auf den Erbvertrag durchaus willkürlich wäre. (So Dernburg III § 152, Schröder S. 500, Seuffert Arch. 4 No. 243.) Dem Noterben ist vielmehr ein Anspruch auf „Auskehrung" des Pflichtteils, nicht auf Reszission des Erbvertrages, zu gewähren (Seuffert 4, 138).

γ) Durch Vermächtnis.

Das Vermächtnis steht insofern der Schenkung noch näher, als der Vermächtnisnehmer nicht Erbe wird, sondern, wie der Beschenkte, nur eine Zuwendung erhält. Der Erbe war gegen Verletzung des Pflichtteils durch Vermächtnisse durch die falzidische Quart geschützt; später, als Justinian den Pflichtteil über den Quartbetrag erhöhte, wurde bestimmt, dass jede letztwillige Belastung des Pflichtteils nichtig sein sollte.[1])

b) Durch Schenkung von Todes wegen.

Das Geschäft, bei dem Schenkung und letztwillige Verfügung ineinander übergehen, bei dem die Grundsätze des Vermögensrechts und Erbrechts sich vermischen, ist die *donatio mortis causa*, die auch in ihrem Namen schon ihre Doppelnatur offenbart.[2]) Die *mortis causa donatio* ist eine Schenkung durch Rechtsgeschäft unter Lebenden, die aber erst mit dem vor dem Tode des Beschenkten erfolgten Ableben des Schenkers zur Wirksamkeit gelangt. Die Frage ist hier, ob vermögensrechtliche oder erbrechtliche Normen zur Anwendung gelangen sollen. In l. 17 D. *de mort. c. d.* 39, 6 wird die grundsätzliche Gleichstellung der *mortis causa donatio* mit den Vermächtnissen mit den Worten ausgesprochen: *„legatorum instar obtinent"*. l. 5 c.

[1]) l. 32 c *de inoff. test.* 3, 28.

[2]) Eine sehr eingehende Definition findet sich l. 4 c *de m. c. d.* 8, 57,

ad leg. Falc. 6, 50 unterwirft sie entsprechend den Legaten dem Abzug der falzidischen Quart. Nach der von Justinian eingeführten Erhöhung des Pflichtteils tritt, wie bei den Vermächtnissen, entsprechende Kürzung ein. Durch das kanonische Recht (c. 16. 18. X. *de test.* 3, 26) ist auch für das gemeine Recht der Grundsatz durchgedrungen, dass der Pflichtteilsberechtigte neben der falzidischen Quart noch ausserdem den vollen Pflichtteil verlangen kann.[1]) Im einzelnen kann die praktische Durchführung des Quartabzugs erschwert sein, da, anders als bei Vermächtnissen, der geschenkte Gegenstand nicht mehr in der Erbmasse sich vorfindet.

1. Ist dem Beschenkten zunächst Detention des geschenkten Gegenstandes übertragen, mit der Bestimmung, dass ihm beim vorherigen Tode des Schenkers das Eigentum zufallen soll, so hat der Beschenkte gegen die Erben einen Anspruch auf Eigentumsübertragung; die Erben können dies bis zum Betrage der Quart verweigern. Hier ist noch keine Schwierigkeit vorhanden.

2. Wenn dem Beschenkten aber sofort Besitz und Eigentum übertragen sind in der Weise, dass im Falle vorherigen Versterbens des Beschenkten der Schenker dieses (mit der *condictio sine causa*) zurückfordern kann, so befindet sich der geschenkte Gegenstand im Falle des früheren Todes des Schenkers längst nicht mehr im Vermögen des Erblassers. Den Verletzten in diesem Falle eine *condictio sine causa* bis zum Betrage ihrer Quart zu gewähren, ist juristisch sehr bedenklich, da doch mit dem Tode des Schenkers die bis dahin nicht vorhandene *causa* der Schenkung eingetreten ist. In diesem Falle wäre es entschieden richtiger, den verletzten Erben die *q. i. d.* zu gewähren; man könnte vielleicht sagen, dass hier eine eigentliche *mortis causa don.* nicht vorliege, da die leb-

---

[1]) Schröder S. 502; Windscheid III, 652; Seuffert 4, 67.

zeitigen rechtlichen Tatsachen bei weitem die rechtliche Wirkung des Todes überwiegen.

3. Etwas anders gestaltet sich die Sachlage, wenn das Eigentum resolutiv, bedingt übertragen ist, in der Weise, dass dasselbe im Falle des früheren Todes des Beschenkten einfach an den Schenker zurückfallen soll. Diese juristisch eigentlich undenkbare Art der Eigentumsübertragung wurde von Justinian ausdrücklich anerkannt. Hier liegt mehr als im vorigen Falle der wirtschaftlich rechtliche Schwerpunkt auf dem Eintritte des Todes, da bis dahin der Beschenkte nur ein bedingtes Eigentum hat. Immerhin sind auch hier die Schwierigkeiten, die falzidische Quart praktisch durchzuführen, nicht gering.

4. Am einfachsten gestaltet sich die Lage, wenn dem Beschenkten nur ein Schenkungsversprechen auf den Todesfall gegeben ist, der Beschenkte also nur einen Anspruch gegen den Nachlass auf Einlösung desselben hat; in diesem Falle ist die Analogie mit dem Vermächtnis gegeben, und unterliegt der Abzug der Quart keinen Schwierigkeiten.

Eine eigentliche *mortis causa donatio* liegt nicht vor, wenn jemand nur im Gedanken an seinen Tod eine Schenkung macht, hier ist der Eintritt des Todes kein *essentiale negotii.*[1]) Es kommen demnach nur die Vorschriften über Schenkungen unter Lebenden in Anwendung.

Als eine besondere Art der *m. c. d.* kommen noch Schenkungen des *pater familias* an die in seiner *potestas* befindlichen Personen in Betracht, die erst mit dem Tode des Schenkers konvaleszieren. Die l. 2 *eod.* 3, 29 führt einen solchen Fall an, wo der *arbiter familiae ercisc.* angewiesen wird, dem verletzten Pflichtteilsberechtigten sein Pflichtteil frei zu halten. Die an den Haussohn erfolgte Schenkung konvalesziert also nur soweit, als sie nicht den Pflichtteil des andern Noterben verletzt, im übrigen ist sie

[1]) In l. 27 *de m. c. don.* 39, 6 wird dies dahin ausgedrückt: *„causa donandi magis est quam mortis causa donatio“.*

nichtig. Fitting führt (im Arch. f. z. Prax. 50 S. 60) einen ähnlichen Fall an und führt hierzu noch weiter aus, dass mehrere Schenkungen an denselben als gleichzeitig im nämlichen Augenblick des Todes des Schenkers geschehen juristisch aufgefasst werden müssen, dass also die bei der *q. i. d.* erforderliche Pflichtwidrigkeit der einzelnen Schenkung zur Zeit ihrer Vornahme hier wegfalle; des weiteren wird der von der beklagten Ehefrau (Beschenkten) erhobene Einwand, dass die geschenkten Beträge bei Lebzeiten des Mannes zu dessen Gunsten verwertet seien, als begründet angesehen aus dem Gesichtspunkte, dass eine Bereicherung der Beschenkten auf Kosten des Schenkers bei dessen Tode nicht mehr vorhanden sei; demzufolge fehle es im entscheidenden Zeitpunkt am ganzen Begriff und Tatbestande einer Schenkung. Dies müsse sogar in dem Falle angenommen werden, wenn nicht der geschenkte Gegenstand selbst, sondern dessen Surrogat dem Schenker wieder zugewendet sei. Ja, selbst wenn die Beschenkte den geschenkten Gegenstand nicht für den Schenker, sondern in anderer Weise für sich selbst verwendet habe, und eine Bereicherung nicht mehr vorliege, könne im Augenblick des Todes von einer Schenkung nicht mehr die Rede sein.

Als eine Schenkung von Todes wegen ist schliesslich noch die Stiftung auf den Todesfall zu erwähnen. Dieselbe ist entsprechend den oben entwickelten Grundsätzen zu behandeln.

II. Bürgerliches Gesetzbuch.

1. Allgemeines.

Das Bürgerliche Gesetzbuch steht in der Frage der Verletzung des Pflichtteils durch Schenkungen unter Lebenden auf einem prinzipiell andern Standpunkte, als das gemeine Recht. Während dieses nur die Anfechtung einer pflichtwidrigen, im Augenblick der Vornahme das Pflichtteil verletzenden Schenkung gestattet, also mehr ein subjektives, ein Verschulden in sich schliessendes Beurteilungsmass aufstellt, hat das B.G.B. sich im wesentlichen dem *code civile* angeschlossen, der einen völlig objektiven Standpunkt einnimmt. Nach dem *code civile* und dem B.G.B. werden alle Schenkungen ohne Unterschied dem Nachlass hinzugerechnet, von der Gesamtsumme der Pflichtteil berechnet und, falls der Nachlass zur Befriedigung des Berechtigten nicht ausreicht, für den Ausfall die Schenkungen herangezogen. Diese viel weiter als im römischen Rechte gehende Berücksichtigung der Pflichtteilsberechtigten, hat ihre Grundlage im altgermanischen Rechte. Diesem war eine unbedingte Verfügungsfreiheit, wie sie dem römischen Recht im Prinzip, wenn auch später mit Einschränkungen eigen war, gänzlich unbekannt. Das ganze germanische Recht beruht auf der Familie. Die Familie und nicht der einzelne ist von massgebender Bedeutung, das germanische Recht, darf man sagen, ist im Gegensatz zum individualistischen römischen Rechte, ein mehr soziales, familien-politisches. Diese enge Verknüpfung und Unterordnung der einzelnen

unter die Familie ging anfangs soweit, dass es nur ein Familieneigentum gab. Erst in jahrhundertlanger Entwicklung befreite sich der einzelne von den seine rechtliche Individualität unterdrückenden Familienbanden, doch blieb der Einfluss der Familie bis tief ins Mittelalter ein überaus starker. Durch die Rezeption des röm. Rechts wurde das deutsche Stammesrecht anfangs fast völlig beseitigt, doch gewann es im Laufe der späteren Entwicklung wieder mehr und mehr an Ansehen. Die Kodifikationen des 18. und 19. Jahrhunderts, vor allem das preussische Landrecht und der *code civile*, berücksichtigten in weitgehendem Masse die deutschen und französischen Partikularrechte. Im *code civile* ist die germanische Anschauung von der Einheitlichkeit des Familienverbandes und des Familieneigentums zumal auch in unserer Lehre von den pflichtwidrigen Schenkungen bei weitem am stärksten zum Ausdruck gelangt.[1])

La réserve (wie der Pflichtteil im *code civile* heisst), sichert den Teil des Vermögens, welcher den im Gesetze benannten Personen vorbehalten ist, gegen das Recht des Eigentümers des Vermögens, freigebige Verfügungen unter Lebenden oder auf den Todesfall zu treffen. Der Vorbehalt verwandelt das Erbrecht in ein beziehungsweise vollgiltiges Eigentum. Demnach ist es im französischen Rechte gerade umgekehrt, wie im römischen. Die Verfügungen unter Lebenden und von Todes wegen sind die Ausnahme von dem Grundsatze des Familieneigentums. Sehr charakteristisch hierfür ist es, dass nicht von der Grösse des Pflichtteils, sondern von der *„quotité disponible“*, über die dem Eigentümer die freie Verfügung zusteht, gesprochen wird. Die Klage des Pflichteilsberechtigten gegen den Beschenkten ist nicht, wie die römische Reszissionsklage, rein persönlich, sondern dinglich und gegen jeden Dritten anstellbar. Schenkungen unter Lebenden und Verfügungen von Todes wegen werden, anders

---

[1]) Zachariae, Handbuch des französischen Zivilrechts § 676.

als im römischen Recht, völlig gleich behandelt. Das B.G.B. gewährt, wie das röm. Recht, nur einen persönlichen An spruch gegen den Beschenkten, im übrigen folgt es dem *code civile*, indem hier wie dort der Pflichtteilsanspruch sich auf alle Schenkungen (im B.G.B. allerdings mit einer zeitlichen Beschränkung) erstreckt.

2. Pflichtteils- und Ergänzungsanspruch.

Das gemeine Recht und der *code civile* gewähren beide, trotz ihres ganz verschiedenen Charakters, dem Pflichtteilsberechtigten ein materielles Noterbenrecht, einen unentziehbaren Anspruch auf Erbeinsetzung, bei ersterem ist dies eine Folgeerscheinung seines formalen Standpunktes, bei letzterem stellt es sich als Ausdruck der Idee des Familieneigentums dar. Das B.G.B. kennt weder ein formales noch ein materielles Noterbenrecht. Es hat die Idee der völligen Verfügungs- und Testierfreiheit der modernen Anschauung entsprechend am reinsten durchgeführt.

Der Pflichtteilsanspruch ist ein rein materiell wirtschaftlicher Anspruch und besteht in einer persönlichen gegen den Erben gerichteten Geldforderung auf einen bestimmten Bruchteil des Nachlasswertes. Das B.G.B. führt seine Anschauung sogar soweit durch, dass gemäss § 2304 die letztwillige Zuwendung des Pflichtteils im Zweifel nicht als Erbeinsetzung anzusehen ist. Die Verbindlichkeit gleicht in mancher Beziehung einem Vermächtnis; der früher[1]) vielfach vertretenen Ansicht, dass sie sich als gesetzliches Vermächtnis darstelle, ist aber entgegenzutreten, da sie einmal den Vermächtnissen im Range vorgeht und sich inhaltlich durch ihre ausschliessliche Geldbemessung von diesem unterscheidet. Diese völlige Neugestaltung des Pflichtteilsanspruches wird in den Motiven (V383— 87)da - mit begründet, dass die Zweckmässigkeit der Durchführung

[1]) Köppen S. 669; Schröder S. 490.

die ethischen Bedenken überwiege. Der Anspruch entsteht nur infolge unberechtigten Ausschlusses von der Erbschaft, oder ergänzungsweise bei nicht genügender Erbeinsetzung. Von diesem Grundsatze absoluter Subsidiarität ist jedoch im § 2306, 2 eine Ausnahme gemacht worden. Ist der mit Beschränkungen hinterlassene Erbteil grösser als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils (soviel beträgt der Pflichtteil in jedem Falle), so kann der Berechtigte den Pflichtteil verlangen, wenn er den Erbteil ausschlägt (dies entspricht der gemein. *Cautela Socini)*.[1]) Mit einem Vermächtnis braucht sich der Pflichtteilsberechtigte in keinem Falle abfinden zu lassen, hier steht ihm stets das Recht der Ausschlagung zu (§ 2307).[2]) Der Pflichtteilsanspruch ist, da er sogleich mit dem Erbfall entsteht, vererblich und übertragbar (§ 2317), jedoch nicht gemäss § 852 C.P.O. pfändbar, weil seine Geltendmachung nur dem Willen des Berechtigten überlassen bleiben soll.

Als Ausfluss des (ordentlichen) Pflichtteilsanspruches stellt sich der sogenannte Ergänzungsanspruch (§ 2325) wegen Schenkung unter Lebenden dar. Diese Bezeichnung im B.G.B. ist ziemlich[3]) zutreffend, jedenfalls geeigneter als die Ausdrucksweise des Entwurfs I, der von einem „ausserordentlichen Pflichtteil" spricht. Endemann[4]) wendet sich gegen letztere Bezeichnung, wie folgt: „Ausser dass es sich um den speziellen Fall der Hereinziehung von Rechtsgeschäften unter Lebenden handle, trage die Natur dieses Pflichtteils nichts „Ausserordentliches" an sich. Es sei lediglich ein Berechnungsmodus zur Verstärkung der Höhe des Pflichtteils, stehe ganz denselben Personen zu, auf ihn fänden die Vorschriften über den (ordentlichen)

---

[1]) S. Schröder 377.

[2]) Die Ausschlagung kann gemäss § 2308 angefochten werden, wenn dieselbe in Unkenntnis des Wegfalls der anfänglichen Beschränkung erfolgt ist.

[3]) Ausser im Falle, wo kein Nachlass vorhanden ist.

[4]) XX. Juristentag 36.

Pflichtteil Anwendung, - er wende sich grundsätzlich gegen die letztwilligen Verfügungen und die Fälle, in welchen der Beschenkte hafte, würden als Ausnahme dargestellt. Kurz, es sei der regelrecht erhöhte Pflichtteil. Die Bezeichnung „ausserordentlicher Pflichtteil" würde die Vermutung nahe legen, als ob zwei Pflichtteile beständen für dieselbe Person, ein letztwilliger und einer, der durch lebzeitige Zuwendungen nicht verletzt werden dürfe." Hiermit ist zugleich das Wesen des Ergänzungsanspruchs treffend charakterisiert. Ist demnach derselbe nun als Ausfluss und Teil des Pflichtteilsanspruchs zu betrachten, so kann diese Einheitlichkeit doch nicht so weit durchgeführt werden, dass der Ausschluss des (gewöhnlichen) Pflichtteilsanspruchs zugleich den Ausschluss des Ergänzungsanspruchs in allen Fällen bedingt. Wenn dem Berechtigten ein Erbteil hinterlassen ist, das die Hälfte des gesetzlichen Erbteils erreicht, und hierdurch der Pfichtteilsanspruch ausgeschlossen ist, so wird nicht zugleich der Ergänzungsanspruch abgeschnitten. Daher die ausdrückliche Bestimmung in § 2326. Der Anspruch richtet sich, (wie schon erwähnt), ebenso wie der Pflichtteilsanspruch, grundsätzlich gegen den Erben und wider eine jede beeinträchtigende letzwillige Verfügung. Die Motive (S. 454) betonen, dass die blosse letztwillige Zuwendung des Erblassers für den Erben keinen willkürlichen Vorzug vor bereits wirksam gewordenen lebzeitigen Zuwendungen des Erblassers an Dritte begründen könne. Der Anspruch richtet sich demnach gegen den Beschenkten nur ausnahmsweise, wenn der Nachlass nicht reicht. Diese Verteilung der Haftung erscheint durchaus gerechtfertigt; dagegen will Reatz[1]) *de lege ferenda* aus dem Prinzip, wonach der Erblasser die Hälfte des während seines Lebens angesammelten Vermögens seinen pflichtteilsberechtigten gesetzlichen Erben hinterlassen muss, während er über die andere Hälfte frei zu Lebzeiten verfügen darf, die völlige Gleich-

[1]) XX. Jur. S. 89.

stellung der Beschenkten und der Erben hinsichtlich der Haftpflicht für den Pflichtteil folgern; das ist aber gänzlich unrichtig, weil hier der allgemeine Satz gilt: *prior tempore, prior iure* und nicht wohl auf Kosten wohlerworbener Rechte neu entstehende begünstigt werden dürfen. Wenn Reatz gegen die zeitliche Verschiedenheit anführt, dass sehr wohl zuerst ein Testament und dann eine Schenkung gemacht werden könne, so ist dies nicht minder unrichtig, da es nicht auf den Zeitpunkt der Abfassung, sondern des Wirksamwerdens des Testaments ankommt, also auf die Zeit des Todes, zumal der Erblasser jederzeit das Testament widerrufen kann, was bei der Schenkung in der Regel ausgeschlossen ist. Aus der Natur des Pflichtteilsanspruches als einer Geldforderung könnte man folgern, dass auch der Ergänzungsanspruch stets auf eine Geldsumme gerichtet sein muss. Dies ist aber nur der Fall, soweit er sich gegen den Erben richtet, der Beschenkte ist nur zur Herausgabe des geschenkten Gegenstandes verpflichtet; diese Regel wird aber tatsächlich zur Ausnahme gemacht durch die Billigkeitsbestimmung, dass der Beschenkte wahlweise den Berechtigten mit Geld abfinden kann (§ 2929 II).[1]) Der Ergänzungsanspruch darf nicht mit der *actio suppletoria* des römischen Rechtes gleichgestellt werden, da letztere eine nicht genügende Erbeinsetzung zur Voraussetzung hatte und nicht auf Schenkungen unter Lebenden anzuwenden war.

3. Voraussetzungen.

Die Voraussetzung für den Ergänzungsanspruch bilden lebzeitige Schenkungen des Erblassers. Schenkung ist nach § 516 eine Zuwendung, durch die jemand aus seinem Vermögen einen andern bereichert, wenn beide Teile darüber

---

[1]) Vergl. Motive 454, der Entwurf I (§ 2016) kannte diese *facultas alternativa* nicht.

einig sind, dass die Zuwendung unentgeltlich erfolgt. Nach § 517 liegt eine Schenkung nicht vor, wenn jemand zum Vorteil eines andern einen Vermögenserwerb unterlässt, oder auf ein angefallenes, noch nicht endgiltig erworbenes Recht verzichtet, oder auf eine Erbschaft oder ein Vermächtnis verzichtet.

Nicht jede unentgeltliche Zuwendung unter Lebenden bedeutet eine Schenkung, vor allem ist nach § 1624 dasjenige, was einem Kinde mit Rücksicht auf seine Verheiratung oder auf die Erlangung einer selbständigen Lebensstellung (zur Begründung oder zur Erhaltung der Wirtschaft oder der Lebensstellung) vom Vater oder der Mutter zugewendet wird (Ausstattung), auch wenn eine Verpflichtung nicht besteht, nur insoweit als Schenkung anzusehen, als die Ausstattung das den Umständen, insbesondere den Vermögensverhältnissen des Vaters oder der Mutter entsprechende Mass übersteigt.

Der Schenkung gleich steht das Schenkungsversprechen. Die Motive (S. 456) begründen dieses dahin: „Es könne keinen Unterschied machen, ob der Schenker die Schenkung unmittelbar vollzogen, oder eine Verpflichtung zur Leistung schenkungsweise übernommen habe und bedürfe keiner besonderen Vorschrift darüber, wie es sich gestalte, wenn das vom Erblasser gegebene Schenkungsversprechen noch nicht erfüllt sei.“ In letzterem Falle haften die Erben für Vollzug der Schenkung. Der Wert der geschuldeten Leistung ist also gleichwohl zum Zwecke der Berechnung des ordentlichen Pflichtteils vom Nachlass in Abzug zu bringen und dann zwecks Berechnung der Ergänzung wieder hinzuzurechnen (Planck § 2375, 2 c). Die Erben können sich der Leistung nicht durch Einrede entziehen, ein diesbezüglicher Antrag ist in der zweiten Kommission zurückgezogen worden (P. II, S. 7623).[1])

[1]) Nur wenn der Pflichtteilsberechtigte alleiniger Erbe ist, steht ihm die Einrede zu.

Anders als diese nach dem Tode zu erfüllenden Schenkungsversprechen unterliegen Schenkungen von Todes wegen, soweit sie den Pflichtteil verletzen, der Kürzung. § 2301. bestimmt, dass hier die Vorschriften über Vermächtnisse entsprechende Anwendung finden.[1]) Doch auch Schenkungen von Todes wegen unterliegen soweit den Vorschriften über gewöhnliche Schenkungen, als der Erblasser sie durch Leistung des zugewendeten Gegenstandes vollzogen hat (§ 2301 II). Hierin weicht das B.G.B. vom gemeinen Recht ab.

Aber auch gegenseitige Geschäfte, soweit sie eine Schenkung in sich schliessen *(negotia cum donatione mixta)*, und verdeckte Schenkungsgeschäfte unterliegen, wie die reinen Schenkungen, dem Ergänzungsanspruche. Es kommen hier unter andern Leibrentenkäufe und Erbabfindungen in Betracht. Die Motive (II. 450) wollen Leibrentenkäufe ganz ausscheiden und sagen hinsichtlich des Erbverzichts: „Die Behandlung einer solchen Abfindung als Schenkung würde viel zu weit führen. Damit würde jedes derartige Geschäft ins Schwanken gebracht, und die praktische Bedeutung des Erbverzichts in einer Weise eingeschränkt, welche mit den Bedürfnissen des Lebens nicht im Einklang steht. Es muss hier der Prüfung des einzelnen Falles überlassen werden, ob ein mit Schenkung gemischtes Geschäft vorliegt oder nicht."

Besonders zu erwähnen sind Stiftungen, welche sowohl durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden, als von Todes wegen durch Vermächtnis oder Auflage begründet werden können. Schlossmann[2]) tritt der Auffassung entgegen, eine Stiftung als eine reine Schenkung anzusehen. Es liege hier eine Verwechslung von Liberalitätsgeschäften i. w. S. und Schenkung zu Grunde. Jedenfalls würde die Anfechtung einer bereits zu Lebzeiten begründeten Stiftung nicht ohne schwerwiegende Folgen möglich sein. In der zweiten Kommission

---

[1]) Vergl. die eingehendere Darstellung im gemeinen Rechte S. 38 ff.

[2]) Iherings Jahrb. 27 S. 49 A. 63.

waren die Ansichten geteilt, die Aufnahme einer Vorschrift nach der einen oder andern Richtung wurde abgelehnt. Planck, § 2325, 2 a spricht sich mit Recht für gleiche Behandlung der Stiftung in unserer Frage aus, da sie für den Pflichtteilsberechtigten dieselbe Bedeutung habe, wie eine Schenkung; es wäre widersinnig, eine Schenkung, welche der Erblasser einer bestehenden Stiftung gemacht habe, bei der Berechnung des Pflichtteils zu berücksichtigen, die Zuwendung eines gleichen Betrages behufs Begründung einer neuen Stiftung aber unberührt zu lassen.[1]) Schliesslich kommen noch Verträge zu Gunsten Dritter (B.G.B. § 328—332), soweit eine Schenkung hierin enthalten ist, in Frage.[2]) Praktisch werden sich hier oft Schwierigkeiten in der Feststellung bieten.

Nicht ergriffen vom Ergänzungsanspruch werden kraft ausdrücklicher Bestimmung des § 2330 Schenkungen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird. Nach den Motiven (S. 469) sind derartige Schenkungen nicht als reine Freigebigkeiten, sondern als Erfüllung natürlicher Verbindlichkeiten anzusehen.[3]) Wenn die Schenkung zwar an sich, aber nicht ihrem Umfange nach durch die sittliche Pflicht gerechtfertigt erscheint, unterliegt der die angemessene Grenze überschreitende Mehrbetrag dem Ergänzungsanspruche (Planck § 2330). Remuneratorische Schenkungen sind, soweit eine sittliche Pflicht vorliegt, ebenso zu beurteilen, sonst unterliegen sie den Vorschriften über gewöhnliche Schenkungen. Gegen letzteres spricht sich eingehend Kipp (XXI. Jur. S. 99) aus: „Es gäbe eine ganze Reihe von Fällen, in denen Schenkungen in höherem Sinne nicht unentgeltlich seien, selbst wenn der Beschenkte juristisch nicht einmal eine remune-

---

[1]) Ebenso Böhm 463; Fromhold Anm. 20.

[2]) Näheres siehe Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte S. 386.

[3]) Dementsprechend unterliegen solche Schenkungen nach § 534 auch nicht der Rückforderung des Schenkers selbst.

ratorische Schenkung bekomme. — Fälle, in denen trotz Mangels einer Vorleistung der Beschenkte vor seinem eigenen Gewissen, und vor dem Gewissen des Schenkers nur wohlverdienten Lohn empfange — — —, es widerspreche der Billigkeit, derartige Rechtsgeschäfte schlechter als solche zu behandeln, bei denen in grobsinnenfälliger Weise Leistung gegen Gegenleistung eingetauscht werde". Hiergegen ist zu erwidern: Die ersten und höchsten Pflichten, die der Mensch zu erfüllen hat, sind die gegen seine nächsten Blutsverwandten. Wer Kinder hat, muss zunächst für diese sorgen, sei er einem Dritten noch so sehr verpflichtet. Es könnte auch seitens des Beschenkten nicht gerade sympathisch berühren, wenn er sich seine idealen Leistungen gegen den Erblasser in einer Weise entgelten liesse, dass dieser seinen sittlichen Verpflichtungen gegen seine Familie nicht mehr nachkommen könnte. Allerdings muss zugegeben werden, dass in einzelnen Fällen, wo die Kinder auf den Nachlass des Vaters nicht angewiesen sind, an sich kein Grund vorhanden wäre, Schenkungen des letzteren dem Ergänzungsanspruch der Kinder zu unterwerfen, doch kann auf solche Einzelfälle das Gesetz keine Rücksicht nehmen.[1]) Der § 2331 enthält noch die besondere Bestimmung, „dass eine Zuwendung, die aus dem Gesamtgute der allgemeinen Gütergemeinschaft oder der Fahrnisgemeinschaft erfolgt, als von jedem der Ehegatten als zur Hälfte gemacht gilt. Die Zuwendung gilt jedoch, wenn sie an einen Abkömmling, der nur von einem der Ehegatten abstammt, oder an eine Person, von der nur einer der Ehegatten abstammt, erfolgt, oder wenn einer der Ehegatten wegen der Zuwendnng zu dem Gesamtgut Ersatz zu leisten hat, als von diesem Ehegatten gemacht. Diese Vorschriften finden auf eine Zuwendung aus dem Gesamtgute der fortgesetzten Gütergemeinschaft entsprechende Anwendung".

Auf die Grösse der Schenkung kommt es nach B.G.B.

---

[1]) Vergl. v. Thur XXI. Jur. 106, Meckl. Zeitschr. f. R. Bd. 6 Nr. 9.

nicht an. Mit Recht ist in den Motiven (S. 453) das gemeinrechtliche Erfordernis der Uebermässigkeit der Schenkung zur Zeit ihrer Vornahme zurückgewiesen worden: „Einmal sei es schon auffallend, wie eigentümlich sich die Lage des Berechtigten gestalten würde, je nachdem der Schenker die Grenze der Uebermässigkeit um ein Geringes überstiege oder hinter ihr zurückbliebe. Beispiel: Vermögen 10 000, Schenkung 5000, Pflichtteil 2500, betrüge die Schenkung 5001, so beliefe sich der Pflichtteil auf 5000.“ Hier liegt ein Formalismus vor, der unter keinen Umständen zu billigen ist.[1]) Weiter führen die Motive aus: „Erheblicher noch sei das praktische Bedenken, welches der Beweislast zu entnehmen sei. Es sei fast unmöglich, den Bestand des Vermögens, welches der Erblasser zur Zeit der Schenkung gehabt habe, nachträglich festzustellen, nachdem ein längerer Zeitraum verstrichen sei. Die Praxis lehre, dass nicht selten die wegen pflichtwidriger Schenkung erhobenen Ansprüche an der Schwierigkeit des Beweises scheiterten. Würde das Erfordernis des Uebermasses beibehalten, so würden weitere zu andern Schwierigkeiten führende Vorschriften nötig über den Einfluss oder die Einflusslosigkeit späterer Vermögensvermehrung und Verminderung.“ Aus logischen und praktischen Gründen muss der Standpunkt des gemeinen Rechts zurückgewiesen werden. Gegen die Auffassung des B.G.B. liesse sich höchstens einwenden, dass es fast zu einseitig die Interessen des Pflichtteilsberechtigten vertritt und manchmal Härten gegen den Beschenkten und auch den Schenker eintreten müssen. Doch ist solches bei einem jeden Interessenausgleich unvermeidlich.[2])

Ob die Schenkung aus dem Stamme des Vermögens oder aus den laufenden Einkünften gemacht worden ist,

---

[1]) Vergl. aber Reatz XX. Jur. 79.

[2]) Vergl. die eingehenden Ausführungen von Reatz XX. Jur. 79 ff. und von Kipp XXI. Jur. 102 f. zu Gunsten des gemeinen Rechts.

kommt nicht in Betracht. Die diesbezügliche Einschränkung im Entwurf II ist gestrichen.

Da die Einrechnung der Schenkungen nur im Interesse der Pflichtteilsberechtigten erfolgt, so muss auch von dem im gemeinen Recht wenigstens streitigen Erfordernis der Benachteiligungsabsicht abgesehen werden.[1])

Ferner war es im gemeinen Recht streitig, ob die Anfechtung von Schenkungen auch den nach der Schenkungszeit geborenen Abkömmlingen des Schenkers gestattet sein sollte. Der Entwurf I (§ 2009) wollte hierauf Gewicht legen mit der Begründung, das ganze Institut richte sich gegen die Möglichkeit des Missbrauchs der Verfügungsfreiheit seitens des Erblassers und diese liege erst dann vor, wenn der Pflichtteilsberechtigte vorhanden sei; die Gleichstellung von Schenkungen und Zuwendungen von Todes wegen sei keineswegs eine derartige, dass sie auch hier festgehalten werden müsste. Endemann (XX. Jur. S. 67) weist diese mit den übrigen Grundsätzen nicht im Einklang stehende Bestimmung damit zurück, dass der Zeitpunkt, wo die Handlungen des Erblassers geprüft würden, der kritische Termin, mit Eröffnung der Erbfolge eintrete, und wer hier auftreten könne, sei berechtigt. — Die Bestimmung des Entwurfs ist mit Recht nicht in das B.G.B. übergegangen.[2])

Während im übrigen das B.G.B. alle Schenkungen grundsätzlich dem Ergänzungsanspruch unterwirft, ist es doch für nötig befunden worden, Schenkungen, die weiter als 10 Jahre zurückliegen, auszuschliessen (§ 2325); ist die Schenkung an den Ehegatten des Erblassers erfolgt, so beginnt die Frist nicht vor Auflösung der Ehe. Der Ent-

---

[1]) Vergl. Motive (453) und dagegen die Ausführungen von Reatz (XX. Jur. 77).

[2]) Das im gemeinen Rechte dem Schenker selbst gewährte Widerrufsrecht ist nicht ins B.G.B. übergegangen. Vergl. jedoch B.G.B. § 528.

wurf I kannte eine solche zeitliche Schranke nicht,[1]) der Entwurf II hatte (dem preuss. L.R. folgend) eine fünfjährige Frist aufgenommen, die schliesslich auf 10 Jahre erweitert wurde. Diese zeitliche Begrenzung ist 1) aus dem Gesichtspunkte zu begreifen, dass in Ermangelung einer solchen der Beschenkte niemals vor Rückgriffen sicher sein würde, 2) aus praktischen Erwägungen wegen der Feststellung, 3) weil anzunehmen ist, dass der Schenker und seine Erben eine soweit zurückliegende Verringerung des Vermögens nicht mehr als solche empfinden. Bei Schenkungen an den Ehegatten ist deshalb eine besondere Regelung eingetreten, weil hier die verschenkten Gegenstände tatsächlich gemeinschaftliches Vermögen bleiben und der Verdacht arglistigen Verhaltens besonders nahe liegt.[2]) Das gemeine Recht gewährte noch viel weitgehenderen Schutz gegen Schenkungen unter Ehegatten.[3]) Es sei aber zu der Frage der zeitlichen Beschränkung noch auf das von Strohal (S. 269) geäusserte Bedenken hingewiesen, dass hier der Vertragserbe nach § 2287 und der Vertragsvermächtnisnehmer gemäss § 2288 günstiger gestellt seien, als der Pflichtteilsberechtigte, da jenen gegenüber eine zeitliche Schranke nicht bestände. Dieses Bedenken erscheint an sich nicht ungerechtfertigt. Wenn von Gegnern[4]) erwidert wird, dass beim Erbvertrag der Erblasser vertraglich gebunden sei, während dem Pflichtteilsberechtigten gegenüber eine vertragliche Verpflichtung zu Lebzeiten nicht bestände, da der Pflichtteil erst mit dem Tode entstehe, so ist dies insofern unrichtig, als doch auch zwischen Pflichtteilsberechtigten und Erblasser ein dauerndes Rechtsverhältnis, eine natürliche Verbindlichkeit besteht, die in anderer Richtung sogar viel stärker wirkt, als der Vertrag

---

[1]) Weil sonst eine Ausnahme für dolose Schenkungen gemacht werden musste.

[2]) Planck 2315, 4; Böhm 463.

[3]) Vergl. S. 3, S. 39.

[4]) Zarncke, Dissertation 189; Hellmann i. d. Krit. V. B. 39 S. 234.

mit dem Dritten, da nur bei letzterem die Verkürzungsabsicht zur Anfechtung der Schenkung erforderlich ist. Doch lässt sich zu Gunsten des Standpunktes des B.G.B. sagen, dass eine zeitliche Schranke doch auch dem Vertragserben gegenüber besteht, insofern, als nur die nach Vertragsschluss erfolgten Schenkungen der Anfechtung unterliegen, und dass im praktischen Leben Erbverträge meistens nur kurze Zeit vor dem Tode des Erblassers abgeschlossen zu werden pflegen. Im Gegensatz hierzu erfordert das von der Geburt an bestehende familienrechtliche Verhältnis eine zeitliche Beschränkung der Anfechtung von Schenkungen seitens Pflichtteilsberechtigter.

Hinsichtlich des Wertansatzes der Schenkungen bestimmt B.G.B. § 2325, „Eine verbrauchbare Sache kommt mit dem Werte in Ansatz, den sie zur Zeit der Schenkung hatte. Ein anderer Gegenstand kommt mit dem Werte in Ansatz, den er zur Zeit des Erbfalls hat; hatte er zur Zeit der Schenkung einen geringeren Wert, so wird nur dieser in Ansatz gebracht". Es könnte im Falle des Absatz 1 zweifelhaft werden, ob bei einem Schenkungsversprechen die Zeit des Schenkungsvertrages oder der Erfüllung massgebend ist. Planck (§ 2325) spricht sich mit Recht für die erstere Auffassung aus, da durch das Schenkungsversprechen die Schenkung bereits erfolgt sei, und die spätere Leistung nicht mehr Schenkung, sondern Erfüllung einer Verpflichtung sei. Dafür spreche auch Absatz 3 (§ 2325), wo die Leistung des geschenkten Gegenstandes ausdrücklich von der Schenkung unterschieden sei.[1]) Endemann (III 133—138) vertritt den zweiten Standpunkt, da erst mit der Bewirkung der gegebenen oder versprochenen Leistung der Beschenkte bereichert sei (?). Letzteres ist falsch, denn der Beschenkte kann seine Forderung gegen den Schenker, wenn er auch den Forderungsgegenstand nicht erhält, in anderer Weise (durch Uebertragung etc.) verwerten.

---

[1]) Ebenso Strohal (269); Böhm 464; Schiffner S. 53.

Von dem Grundsatze, dass, abgesehen von verbrauchbaren Gegenständen, der Zeitpunkt des Erbfalles massgebend ist, wird die Ausnahme gemacht, dass je nach dem geringern Wert der Zeitpunkt des Todes oder der Schenkung entscheidet. Die Protokolle (V. 583) begründen dies damit, dass die Erhöhung ebenso gleichgiltig sein müsse, wie die Verminderung, auf etwaige Werterhöhungen habe der Pflichtteilsberechtigte keinen Anspruch, er könne nur verlangen, dass der Erblasser den Pflichtteil nicht illusorisch mache. Endemann (III 133—137) betont mit Recht, dass diese Darlegung nicht schlüssig sei, die Werterhöhung werde gerade umgekehrt behandelt, wie die Verminderung, der Pflichtteilsberechtigte geniesse nur den bösen Tropfen, nicht den guten. — Ob die Wertminderung durch Schuld des Beschenkten entstanden ist oder nicht, kann keinen Unterschied machen (ebenso Planck 2325, 4), „da sich der Pflichtteilsberechtigte auch dann eine Wertminderung gefallen lassen müsste, wenn der Erblasser nicht geschenkt, sondern verschlechtert hätte". Hellmann (Kr. V. 235).

Schwieriger gestaltet sich die Sache, wenn der Beschenkte den geschenkten Gegenstand nicht mehr besitzt und statt dessen ein Aequivalent eingetreten ist. Zwei Fälle sind hier zu unterscheiden.

1. Der Beschenkte hat den Gegenstand veräussert. Hier ist es ohne Zweifel nur der Billigkeit entsprechend, wenn die durch die Veräusserung als eine eigene Tätigkeit erlangten Vorteile dem Beschenkten belassen werden.[1]) Wenn der geschenkte Gegenstand in der Hand des dritten Erwerbers untergegangen oder verschlechtert ist, so haftet der Beschenkte im ersteren Falle gar nicht, im zweiten nur für den verminderten Wert, denn hätte er den Gegenstand behalten, so wäre er vielleicht ebenfalls untergegangen oder verschlechtert.[2])

[1]) Ausser im Falle eines Ersatzanspruches des Dritten.

[2]) Derselben Ansicht Planck (2325), die entgegengesetzte Meinung wird vertreten von Strohal 220; Endemann III, 133; Wilke, Kom. 2.

Der Massstab des Wertansatzes des Schenkungsgegenstandes muss möglichst ein fester sein, es muss also nur der Wert des individuellen Gegenstandes, nicht der irgend eines durch den Verkauf erlangten Ersatzes, in Ansatz kommen.[1]) Dass dies der Standpunkt des Gesetzes ist, geht auch schon daraus hervor, dass selbst eine zufällige Werterhöhung des geschenkten Gegenstandes nach der Schenkung, in keinem Falle dem Pflichtteilsberechtigten zugute kommen soll (§ 2325, 2), wie viel weniger ein durch die Tätigkeit des Beschenkten erlangter Vorteil!

2. Der geschenkte Gegenstand ist im Eigentum des Beschenkten untergegangen oder verschlechtert, und der Beschenkte hat einen Ersatzanspruch erlangt. In diesem Falle wäre es unbillig, den nicht mehr vorhandenen Wert des Schenkungsgegenstandes zu Grunde zu legen, und nicht auf den Ersatzanspruch zu greifen.[2]) Der Unterschied zwischen diesem Falle und ersterem liegt darin, dass hier der Untergang resp. die Verschlechterung die unmittelbare Veranlassung der Erlangung des Aequivalents ist, während dort ein Kausalzusammenhang zwischen beiden nicht vorhanden ist, dort eine bewusste Tätigkeit, hier vom Standpunkte der Beschenkten und Pflichtteilsberechtigten ein Zufall vorliegt.[3])

---

[1]) Hiergegen spricht allerdings der praktische Gesichtspunkt, dass oft nicht ermittelt werden kann, wo sich der Gegenstand befindet.

[2]) So die gem. Meinung.

[3]) Strohal S. 270 führt folgendes eigentümliche Beispiel an: „der Erblasser hat dem *X* ein Haus im Werte von 60000 Mk. geschenkt. Kurze Zeit vor dem Erbfall begeht *X* rücksichtlich des hochversicherten Hauses das Delikt des § 265 St.G. Infolge des Brandes vermindert sich der Wert des Grundstücks auf 15000 Mk., selbstverständlich erhält *X* auch von der Versicherungsgesellschaft nichts. Soll hier bei der dem Pflichtteilsberechtigten zukommenden Pflichtteilsergänzung als Gegenstand wirklich nur der Betrag von 15000 Mk. in Ansatz kommen, oder ist nicht vielmehr der Betrag von 60000 anzusetzen? Sachlich entsprechend ist nur die letztere Entscheidung". Diese Entscheidung ist falsch, denn nicht auf das, was der Beschenkte möglicherweise hätte ersatz-

4. Verpflichtete Personen, Umfang der Haftung.

Für den Pflichtteil und die Ergänzung hat, wie bereits erwähnt, in erster Linie der Erbe einzustehen und zwar grundsätzlich nur, soweit die Erbmasse reicht; mit seinem eigenen Vermögen nur im Falle unbeschränkter Haftung (§ 1993—2012). Nur, wenn die Erbmasse nicht zur Befriedigung des Pflichtteils- und Ergänzungsberechtigten ausreicht, kann eine Haftung des Beschenkten in Frage kommen.

a) Haftung des Erben.

α) Wenn der Erbe selbst pflichtteilsberechtigt ist.

Ist der Erbe selbst pflichtteilsberechtigt, so kann er die Ergänzung des Pflichtteils soweit verweigern, dass ihm sein eigener Pflichtteil mit Einschluss dessen verbleibt, was ihm zur Ergänzung des Pflichtteils gebühren würde (§ 2328). Der als Erbe eingesetzte Pflichtteilsberechtigte ist also dem nicht erbenden Pflichtteilsberechtigten gegenüber begünstigt. Schon § 2319 bestimmt: „Ist einer von mehreren Erben pflichtteilsberechtigt, so kann er nach Teilung die Befriedigung eines andern Pflichtteilsberechtigten soweit verweigern, dass ihm sein eigener Pflichtteil verbleibt". Diese Vorschrift bezieht sich jedoch nur auf den Fall, wo mehrere Erben vorhanden sind, „weil eine Gefährdung des Pflichtteils eines Alleinerben durch den (ordentlichen) Pflichtteil nicht möglich ist" (Planck 2328). Der § 2328 bezieht sich auch auf den Fall, wo einem alleinerbenden Pflichtteilsberechtigten ein anderer Pflichtteilsberechtigter als Forderungsberechtigter gegenübersteht. Der pflichtteilsberechtigte Erbe geht demnach nicht nur hinsichtlich des gewöhnlichen Pflichtteils, sondern auch des Ergänzungsanspruchs dem

---

weise erlangen können, sondern auf das, was er tatsächlich erlangt hat (also nichts) kommt es an. (Man denke nur, der Erblasser hätte dasselbe getan.)

gewöhnlichen Pflichtteilsanspruche des nicht erbenden Pflichtteilsberechtigten vor. Es kann möglich sein, dass, während ersterer den gesamten erhöhten Pflichtteil erhält, letzterer nicht einmal den gewöhnlichen Pflichtteil aus der Erbmasse erlangt, sondern fast gänzlich auf den Anspruch gegen den Beschenkten angewiesen ist. Beispiel: Erbmasse 20 000, Schenkungen 60 000, erhöhter Pflichtteil 20 000, der als Alleinerbe eingesetzte Sohn *A* behält den gesamten Nachlass im Werte von 20 000, der ausgeschlossene Sohn *B* kann den Pflichtteil von 20 000 vom Beschenkten zu erlangen suchen. Strohal (274) findet mit Recht diese Verteilung der Haftung ungerecht und fordert *(de lege ferenda)*, dass jeder der Pflichtteilsberechtigten, einerlei, ob er Erbe sei oder nicht, in gleichem Masse sich an den Beschenkten halten und den möglichen Ausfall tragen müsse. Hellmann (S. 236) nimmt hiergegen an, die ungleiche Behandlung zweier in gleichem Masse Pflichtteilsberechtigten sei allerdings nicht zu leugnen, dürfte aber praktisch kaum ins Gewicht fallen, und sich schliesslich im Hinblick auf das Wort *„beatus possideus“* auch rechtfertigen lassen. Endemann (III. 133, 34) ist derselben Ansicht, gibt allerdings zu, dass dies im einzelnen Falle unbillig wirken könne. Der Grund liege aber in der Verfügungsmacht des Erblassers; sie hier allgemein zu beschränken, liege kein Anlass vor. Ausserdem behalte der Erbe nur so viel, als ihm kraft Pflichtteilsrecht gebühre, der Erblasser könne ein berechtigtes Interesse daran haben, wenigstens dem einen bedürftigen Abkömmling gegenüber wieder gut zu machen, was er durch übermässige Schenkungen verfehlt habe. Die Analogie des Konkurses, wonach alle Gläubiger eine gleichmässige Befriedigung begehren könnten, passe hier nicht (gegen Strohal). Aehnlich sprechen sich die Protokolle (S. 8329) aus; diese Gründe scheinen gegenüber den Strohalschen Bedenken nicht durchschlagend. Der ordentliche Pflichtteilsanspruch muss auf jeden Fall jedem Pflichtteilsberechtigten bleiben. Wenn der Erblasser durch über-

mässige Verfügungen zu Lebzeiten den Nachlass derart geschädigt hat, dass nicht einmal der Gesamtpflichtteil mehr vorhanden ist, also mehr als die Hälfte seines Vermögens verschenkt hat, so muss seine freie Verfügungsbefugnis (mittelbar) soweit eine Grenze haben, dass er nicht willkürlich noch den einen Pflichtteilsberechtigten vor dem anderen bevorzugen darf, indem er den andern auf einen unsicheren Anspruch gegen den Beschenkten verweist. Er kann wohl den einen zum Erben einsetzen, den andern nicht, aber diese sittliche Bevorzugung darf insoweit keine rechtliche Wirkung ausüben, als dadurch eine materielle Schädigung des nichterbenden Pflichtteilsberechtigten in seinem Pflichtteil eintritt. Ob solche Fälle oft vorkommen oder nicht, ist hier unwesentlich, da hier eine prinzipielle Frage zu entscheiden ist. Noch weniger konnte die Auffassung des Entwurf I, von der in der zweiten Kommission abgestanden wurde, befriedigen. Hiernach sollte der erbende Pflichtteilsberechtigte für den „ausserordentlichen Pflichtteil“ nur insoweit haften, als er infolge der Verfügung des Erblassers mehr erhielt, als seinen gesetzlichen Erbteil.

β) Wenn der Pflichtteilsberechtigte letztwillig bedacht ist.

Der Pflichtteilsberechtigte kann die Ergänzung des Pflichtteils auch dann verlangen, wenn ihm die Hälfte des gesetzlichen Erbteils hinterlassen ist. Ist dem Pflichtteilsberechtigten mehr als die Hälfte hinterlassen, so ist der Anspruch ausgeschlossen, soweit der Wert des mehr Hinterlassenen ausreicht. Der Ansatz des Wertes des Zugewendeten kann hier unter Umständen zu Schwierigkeiten führen. Nach § 2306 kann der Pflichtteilsberechtigte ein ihm mit Beschränkungen und Beschwerungen hinterlassenes Erbteil, das mehr als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils beträgt, und ferner nach § 2307 jedes Vermächtnis ausschlagen. Macht er hiervon

keinen Gebrauch, und nimmt an, so steht ihm ein Recht auf den ordentlichen Pflichtteil nicht zu, soweit der Wert des Vermächtnisses oder des Erbteils reicht.[1]) Bei der Berechnung des Wertes bleiben Beschränkungen und Beschwerungen der im § 2306 bezeichneten Art[2]) ausser Betracht. Mit der Annahme hat sich also der Pflichtteilsberechtigte bereit erklärt, das ihm zugewendete Erbteil oder Vermächtnis mit den Beschränkungen sich voll auf den Pflichtteil anrechnen zu lassen. Entsteht nun nach der Annahme noch der Ergänzungsanspruch, so fragt es sich, ob die Worte des § 2326, „soweit der Wert des mehr Hinterlassenen reicht" den Wertansatz des § 2307 in sich schliessen. Muss also auch in diesem Falle wie beim (gewöhnlichen) Pflichtteil nach § 2307 der volle Wert des Hinterlassenen ohne Rücksicht auf Beschränkungen und Beschwerungen angenommen werden? Dies erscheint unbillig, weil der Pflichtteilsberechtigte das ihm Hinterlassene doch nur angenommen hat, weil er glaubte, dass damit seinem (ordentlichen) Pflichtteilsanspruch genügt sei. Mit der Ergänzung hatte er damals noch nicht gerechnet und würde jedenfalls, wenn er die Sachlage gekannt hätte, von seinem Ausschlagungsrechte Gebrauch gemacht und den erhöhten Pflichtteil gefordert haben. Dennoch kann die Schlussfolgerung nicht abgewiesen werden, dass der Wertansatz auch nach Entstehen des Ergänzungsanspruchs derselbe bleibt, es wäre nicht wohl angängig, für den ordentlichen Pflichtteil den vom Gesetze bestimmten Wertansatz zu nehmen und für den Ergänzungsanspruch den wirklichen Wert in Betracht zu ziehen. Doch scheinen manche dieser Ansicht zu sein. Hellmann (S. 235) gibt folgendes Beispiel: „Nachlass 10000, Schenknng an X 2000, pflichtteilsberechtigt

---

[1]) Dieser Wertansatz ist in § 2307 zwar nur für Vermächtnisse gegeben, doch ergibt sich aus dem Zusammenhange, dass für Erbteile, die grösser als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils sind, dasselbe gilt.

[2]) Einsetzung eines Nacherben, die Ernennung eines Testamentsvollstreckers, Teilungsanordnungen, Vermächtnisse und Auflagen.

ist der einzige Sohn des Erblassers. Ordentlicher Pflichtteil = 5000, Pflichtteilsergänznng = 1000. Der Sohn ist auf $^3/_4$ der Erbschaft als Erbe eingesetzt, auf $^1/_4$ ein *extraneus* berufen. Obschon der Sohn mit Vermächtnissen im Gesamtbetrage von 2500 beschwert ist, so nimmt er zu einer Zeit, in der ihm von der Schenkung an *X* noch nichts bekannt ist, den ihm angebotenen Erbteil an in Rücksicht darauf, dass sein ordentlicher Pflichtteil, ungeachtet der ihm auferlegten Vermächtnisse (7500 E. — 2500 V. = 5000 Pfl.), gedeckt ist. Später kommt die Schenkung auf." Hellmann will hier einfach den auf 1000 Mk. (?) sich belaufenden Ergänzungsanspruch ohne weiteres gegen den *heres extraneus* gewähren. Strohal (270) findet es zwar willkürlich, wenn die Pflichtteilsergänzung lediglich dem *heres extraneus* aufgebürdet wird, während die ihm auferlegten Vermächtnisse ohne Abzug bleiben, scheint aber im übrigen die Pflichtteilsergänzung von 1000 anzuerkennen. Die richtige Rechnung würde aber folgendermassen sein: Wert des mit Beschränkungen hinterlassenen Erbteils 7500, Gesamtpflichtteil 6000, worin der Ergänzungsanspruch eingeschlossen ist. Eine Haftung des *heres extraneus* kommt gar nicht in Frage. Unbillig ist diese Entscheidung gewiss, aber das Gesetz lässt keine andere Auslegung zu.[1])

Endemann (III. § 133, 32) hält den § 2306 Abs. 1 für anwendbar, will also einfach die Beschränkungen und Beschwerungen streichen, weil der dem Pflichtteilsberechtigten hinterlassene Erbteil geringer sei, als der ihm unter Berück-

[1]) Dass hier Erben und Beschenkte vor dem Vermächtnisnehmer haften, lässt sich im übrigen nicht leugnen. Beispiel: Nachlass 10000, 2 Söhne *A* und *B*; der eine erhält und nimmt an ein Erbteil von 5000, das mit einem Vermächtnis von 2500 belastet ist, der andere erhält 2500 rein; auf den Rest von 2500 ist ein *extraneus* eingesetzt. Nun kommt eine Schenkung von 20000 auf. Der erhöhte Pflichtteil von *A* und *B* beträgt also 7500. *A* kann, da er sich die 5000 voll anrechnen lassen muss, nur 2500, *B* 5000 als Ergänzung verlangen nnd zwar haftet der *extraneus* mit seinem gesamten Erbteil von 2500, der Beschenkte hat für die übrigen 5000 einzustehen. Das Vermächtnis bleibt dagegen unberührt.

sichtigung der Ergänzung gebührende Pflichtteil; diese Lösung weist Planck (§ 2306) mit Recht zurück, da der § 2306 lediglich auf das Verhältnis des Hinterlassenen zu dem gesetzlichen Erbteil gestellt sei, letzterer aber durch den Ergänzungsanspruch keine Vergrösserung erfahre. Strohal (220) glaubt, dass man zu einer annehmbaren Lösung der aufgeworfenen Frage nur gelangen könne, wenn man dem Pflichtteilsberechtigten in Fällen der bezeichneten Art entweder gestatte, den gemachten Erwerb anzufechten (also analog dem gegen die Ausschlagung nach § 2308 gewährten Anfechtungsrechte), oder doch wenigstens in Ansehung der Pflichtteilsergänzung für alle Beteiligten praktisch dasselbe Resultat herstelle, das sich im Falle einer Ausschlagung ergeben haben würde. *De lege ferenda* wäre dies vielleicht zu wünschen, das Gesetz gestattet es nicht. Planck (§ 2326) bemerkt hierzu mit Recht: die Gewährung eines Anfechtungsrechtes würde gegen die allgemeinen Vorschriften über den Einfluss des Irrtums verstossen, der Pflichtteilsberechtigte bleibt an die Annahme gebunden und muss sich den Wert ohne Rücksicht auf die Beschränkungen auf den Ergänzungsanspruch anrechnen lassen. Weiter ist Planck beizupflichten, wenn er die Ansicht von Endemann (§ 133 a 20) verwirft, dass für den Pflichtteilsberechtigten im Falle des § 2306 Abs. 1, 2 die Ausschlagungsfrist erst dann beginne, wenn er nicht nur von der Beschränkug oder Beschwerung seines Erbteils, sondern auch von der den Ergänzungsanspruch begründenden Schenkung Kenntnis habe.

Alle Lösungsversuche sind somit als dem Gesetze widersprechend zu bezeichnen. Mit Planck ist die Frage offen zu lassen, und auf einen Ausgleich der offenbaren Unbilligkeit zu verzichten.

γ) Wenn der Pflichtteilsberechtigte Schenkungen empfangen hat.

Ebenso wie durch Schenkungen an Dritte kann durch Schenkungen an Pflichtteilsberechtigte der Pflichtteil der

übrigen Berechtigten verletzt werden, oder, wenn dies nicht der Fall ist, müssen (solche) Schenkungen doch wenigstens ebenso wie letztwillige Zuwendungen zu einer Verminderung oder Aufhebung des Pflichtteilsanspruches des Beschenkten führen.

1. Wenn dem Pflichtteilsberechtigten so grosse Schenkungen gemacht sind, dass die übrigen Pflichtteilsberechtigten nicht mehr zu ihrem Pflichtteil gelangen, kann gegen ihn wie gegen einen dritten Beschenkten mit dem Herausgabeanspruch vorgegangen werden.

2. Im übrigen gelten für lebzeitige Zuwendungen an Pflichtteilsberechtigte gemäss § 2315—2316 die allgemeinen Regeln über Erbenausgleich. Zwei Fälle sind zu unterscheiden, a) das Geschenk ist ein gemäss § 2050 unter den Abkömmlingen ausgleichungspflichtiges. Beispiel: Nachlass 24 000, 3 Söhne *A*, *B*, *C*. *C* ausgeschlossen, hat vorher eine Schenkung von 3000 erhalten. Gesamtsumme 27 000, gesetzlicher Erbteil 9000, für *C* 9000 — 3000 = 6000. Pflichtteil des *C* $\frac{6000}{2}$ = 3000. b) das Geschenk ist gemäss § 2315 vom Erblasser mit der Bestimmung der Anrechnung auf den Pflichtteil zugewendet. Nach obigem Beispiel wäre zunächst genau so zu verfahren wie dort; es würde aber unbillig sein, die bei der Ausgleichung berücksichtigten 6000 auch noch voll vom Pflichtteil abzuziehen. § 2316 bestimmt daher: „Ist eine nach Absatz 1 (zum Ausgleich zu bringende) Zuwendung zugleich nach § 2315 auf den Pflichtteil anzurechnen, so kommt sie auf diesen nur mit der Hälfte des Wertes zur Anrechnung.“ Von dem 3000 betragenden Pflichtteil wird also nur die Hälfte von 3000 = 1500 abgerechnet.

b) Haftung des Beschenkten.

α) Allgemein.

Wenn der Nachlass nicht mehr zur Befriedigung der Ergänzungsberechtigten ausreicht, wenn also die Haftung

der Erben aufhört, beginnt die Haftung der Beschenkten. Der Anspruch gegen den Beschenkten hat, anders als der gegen den Erben gerichtete, die Natur eines Herausgabeanspruchs nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung (§ 812 ff.) (s. o.); dass und in welcher Höhe der Beschenkte haftet, ist vom Pflichtteilsberechtigten zu beweisen, der Beschenkte seinerseits hat zu beweisen, wenn er nicht mehr bereichert ist. Entsprechend § 819 ist der Beschenkte von dem Zeitpunkt an, in welchem er Kenntnis davon erlangt, dass die Voraussetzungen des Anspruchs gegen ihn vorliegen, zur Herausgabe verpflichtet, wie wenn der Anspruch auf Herausgabe zu dieser Zeit rechtshängig geworden wäre. Nach § 818 erstreckt sich die Verpflichtung zur Herausgabe auf die gezogenen Nutzungen, sowie auf dasjenige, was der Empfänger auf Grund eines erlangten Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung des erlangten Gegenstandes erwirbt. Ist die Herausgabe wegen der Beschaffenheit des Erlangten nicht möglich, oder ist der Empfänger aus einem andern Grunde zur Herausgabe ausser stande, so hat er den Wert zu ersetzen.[1]) Die Verpflichtung zur Herausgabe oder zum Ersatze des Wertes ist ausgeschlossen, soweit der Empfänger nicht mehr bereichert ist. Von dem Eintritt der Rechtshängigkeit an (also auch im Falle des § 819) haftet der Empfänger nach den allgemeinen Vorschriften (also wie ein bösgläubiger Besitzer). — Gleichgiltig ist, welcher Art die erlangten Vorteile sind, auch blosse Einräumung des Besitzes kann schon den Anspruch begründen (Planck § 2329, 36). Noch weiter gehend als nach § 818 kann der Beschenkte nach § 2329 die Herausgabe in jedem Falle durch Zahlung des fehlenden Betrages (nicht des Wertes der Bereicherung) abwenden.

[1]) Auch hieraus geht die S. 53 vertretene Ansicht klar hervor, dass immer der Wert des individuellen Gegenstandes, nicht der Wert des Ersatzes, in Betracht kommt.

β) Bei mehreren Schenkungen.

Wenn mehrere Schenkungen vorliegen, so haftet der frühere Beschenkte nur insoweit, als der später Beschenkte nicht mehr verpflichtet ist, insoweit also eine tatsächliche Bereicherung nicht mehr vorhanden ist. Schiffner (§ 56) drückt dies dahin aus, dass es nicht auf die Leistungsfähigkeit, sondern auf die Leistungspflicht des Beschenkten ankomme. v. Thur (XXI. J. S. 106) wendet sich mit Recht gegen diese Bestimmung. „Die Haftung des früher Beschenkten soll nicht ausgeschlossen werden durch die Verpflichtung des später Beschenkten, sondern durch die Befriedigung des Pflichtteilsberechtigten seitens des später Beschenkten.“ (So auch Kipp XXI. J. S. 105).[1]) Reatz (XX. J. S. 89) hat sich, wie schon oben (S. 43) erwähnt, entgegen dem Standpunkte des Gesetzes, für die gleichmässige Haftung der Erben und Beschenkten, ausgesprochen und wünscht dementsprechend eine Haftung aller Beschenkten ohne Berücksichtigung des Zeitunterschiedes *pro rata*. Die Unrichtigkeit dieser Anschauung ist schon oben damit nachgewiesen worden, dass hier von dem Grundsatze *prior tempore, prior iure* nicht abgewichen werden dürfe; da es an sich schon eine bedenkliche Sache ist, in wohlerworbene Rechte Dritter einzugreifen, müssen wenigstens die länger gegenüber den kürzer bestehenden bevorzugt werden.

c) Haftung bei konkurrierenden Schenkungen an Dritte und Pflichtteilsberechtigte.

Schwieriger als in den bisherigen Fällen gestaltet sich die Berechnung, wenn Schenkungen an Dritte und Pflicht-

[1]) Planck (§ 2329) führt einen Ausnahmefall an, wo die volle Haftung nicht den später, sondern den früher Beschenkten trifft, nämlich, wenn erst ein Geschenk an einen Ehegatten, dann an einen Dritten gemacht ist und beide Schenkungen über 10 Jahre zurückliegen. Hier ist die Haftung des Dritten erloschen, die des Ehegatten kann noch bestehen, da die Frist von der Auflösung der Ehe ab läuft.

teilsberechtigte konkurrieren. § 2327 bestimmt: Hat der Pflichtteilsberechtigte selbst ein Geschenk von dem Erblasser erhalten, so ist das Geschenk in gleicher Weise wie das dem Dritten gemachte Geschenk dem Nachlasse hinzuzurechnen und zugleich dem Pflichtteilsberechtigten auf die Ergänzung anzurechnen. Beispiele: I. (aus Cosack S. 817): *A* schenkt seiner Ehefrau *B* 8000, und seinem unehelichen Kinde *C* 72000. Als Erben beruft er sein eheliches Kind *D*; sein Nachlass beträgt 400000 Mk. Hier kann Frau *B* als ordentlichen Pflichtteil $^1/_8$ 400000 = 50000 Mk., als Ergänzungsanspruch $^1/_8$ (72000 + 8000) − 8000 = 2000 fordern.

II. Gleicher Fall, nur beträgt die Schenkung an Frau *B* nicht 8000, sondern 48000, also Ergänzungspflichtteil $^1/_8$ (72000 + 48000) − 48000 = 0, da das der Ehefrau gemachte Geschenk nur auf die Ergänzung anzurechnen ist. — § 2327 bestimmt weiter: „Ein nach § 2315 anzurechnendes Geschenk ist auf den Gesamtbetrag des Pflichtteils und der Ergänzung anzurechnen.“ Beispiel III. Gleicher Fall, nur hat *A* die Anrechnung der Schenkung auf den Pflichtteil der Frau vorgeschrieben. Hier kann Frau *B* gleichfalls nur den ordentlichen Pflichtteil und zwar nur in Höhe von $^1/_8$ (400000 + 72000 + 48000) − 48000 = 17000 Mk. beanspruchen. Unrichtig ist die von Fromhold (§ 2327) und Endemann (III § 133, 29) ausgeführte Berechnung, wonach der § 2327 auch dann Anwendung findet, wenn nur ein Geschenk an einen Pflichtteilsberechtigten vorliegt. Folgendes Beispiel findet sich bei Fromhold: „Der Erblasser hat seine Tochter *C* zur Erbin eingesetzt, seine Söhne *A* und *B* ausgeschlossen, dem *A* ein nicht anrechnungspflichtiges Geschenk von 6 gemacht, der Nachlass beträgt 54. Ohne das Geschenk würde der Pflichtteil jedes Sohnes $\frac{54}{6} = 9$ betragen, unter Hinzurechnung des Geschenkes beträgt er $\frac{54 + 6}{6} = 10$. Letztere

Summe erhält *B* jedenfalls, wovon also 1 die Ergänzung ist. *A* würde, wenn das Geschenk ihm auf den Pflichtteil anzurechnen wäre $10 - 6 = 4$ erhalten. Da aber das Geschenk ohnedies schon den Pflichtteilsbetrag infolge der Zurechnung zum Nachlass von 9 auf 10 erhöht, so ist ihm das Geschenk nur auf die durch letzteres bedingte Ergänzung anzurechnen. Das heisst, er erhält den erhöhten Pflichtteilsbetrag vermindert um 1". Es ist hier aber nicht § 2327 anzuwenden, der nur in Betracht kommt, wenn Schenkungen an Pflichtteilsberechtigte und Dritte konkurrieren, vielmehr ist die Rechnung nach § 2315—2316 auszuführen. Dann ergibt sich:

a) es liegt ein nicht anrechnungspflichtiges Geschenk von 6 vor: Nachlass 54, Gesamtsumme 60, gesetzlicher Erbteil $\frac{60}{3} = 20$, für den Beschenkten $20 - 6 = 14$. Pflichtteil $= \frac{14}{2} = 7$.

b) Es liegt ein auf den Pflichtteil anzurechnendes Geschenk von 6 vor: Pflichtteil nach obigem $= 7$, hiervon wird nochmals das Geschenk mit der Hälfte seines Wertes abgerechnet, also er erhält $7 - \frac{6}{2} = 4$.

Strohal (S. 277) glaubt, dass die Vorschrift des § 2327, dass das Geschenk an den Pflichtteilsberechtigten, falls die Anrechnung nicht ausdrücklich vom Erblasser bestimmt ist, nur von der Ergänzung in Abzug kommen soll, zu unbilligen Ergebnissen führen könne. Er führt hierfür zwei Beispiele an:

1. „Wert des Nachlasses $= 20000$. Als Erbe ist der *extraneus T* eingesetzt, des Erblassers Sohn *A* ist ausgeschlossen, weil er schon zu Lebzeiten ein Geschenk von 40000 erhalten hat. Trotzdem kann *A* nach § 2327 den ordentlichen Pflichtteil von 10000 verlangen. Die Frage der Ergänzung kommt hier nicht in Betracht, weil der einzige Beschenkte zugleich der einzige Pflichtteils-

berechtigte ist. Würde der Erblasser dagegen, das, was ihm nach der Schenkung an seinen Sohn *A* an Vermögen noch übrig geblieben ist, anstatt den *T* als Erben einzusetzen, an diesen verschenkt haben, so dass sich der Nachlass auf 0 beliefe, so brauchte *T* an *A* nichts mehr abzugeben, weil das von *A* selbst empfangene und auf den ausserordentlichen Pflichtteil im Betrage von 30000 anzurechnende Geschenk grösser ist als jener.“ Hellmann (S. 237) bemerkt hierzu mit Recht: „Wenn *T* nicht als Erbe eingesetzt ist, so tritt gesetzliche Erbfolge ein. Erbe wird also *A* selbst. Er hat also deshalb keinen Anspruch auf den ordentlichen Pflichtteil.“ Strohal erwidert dagegen, dass es für das praktische Resultat ganz gleichgiltig sein müsse, ob *A* Erbe sei oder nicht. Dieser Gesichtspunkt ist aber falsch. Wenn zwei Schenkungen gemacht sind, muss der Ausgleich ein anderer sein, als wenn eine Schenkung und eine letztwillige Verfügung vorliegen, da Schenkungen naturgemäss keiner so scharfen Haftung unterliegen, wie das letztwillig Zugewendete. Der Erblasser muss dem Pflichteilsberechtigten auf jeden Fall den ordentlichen Pflichtteil gewähren; sei es, dass er ihn auf die entsprechende Quote des Nachlasses einsetzt, sei es, dass er einen *extraneus* einsetzt, so dass dieser für den Pflichtteil haftet. Ist *A* Erbe des Nachlasses von 0, so beträgt sein ordentlicher Pflichtteil 0 und ist demselben somit genügt; hat er den *T* auf den Nachlass von 20000 eingesetzt, so ist der ordentliche Pflichtteil 10000 und diese muss *T* an *A* herausgeben, eine Ausgleichung unter ihnen wäre ganz ungerechtfertigt, da *T* an sich überhaupt keinen Anspruch hatte, Erbe zu werden. Liegen dagegen zwei Schenkungen vor, eine an *A* und eine an *T*, so kann mit Recht der Erbe und Pflichtteilsberechtigte *A* nur den Ausgleich dieser Schenkungen verlangen, da hier zwei gleichartige Zuwendungen vorliegen.

2. Aus demselben falschen Gesichtspunkte ist das zweite von Strohal angeführte Beispiel hervorgegangen,

das ausserdem falsch gerechnet ist, da hier gar nicht § 2327, sondern § 2316 anzuwenden ist, da es sich um zwei Söhne handelt, von denen der eine vorher beschenkt ist, nicht aber um eine Schenkung an einen Dritten. Die Strohalschen Bedenken sind demnach als unbegründet abzuweisen.

Eine besondere Bestimmung enthält noch § 2327, 3: Ist ein Pflichtteilsberechtigter ein Abkömmling des Erblassers, so findet die Vorschrift des § 2051 ensprechende Anwendung. In § 2051 wird bestimmt, dass beim Wegfalle eines Abkömmlings, der als Erbe zur Ausgleichung verpflichtet sein würde, wegen der ihm gemachten Zuwendungen der an seine Stelle tretende Abkömmling zum Ausgleich verpflichtet sein soll. Der Wegfall des zunächst berechtigten Abkömmlings kann durch Tod, Erbunwürdigkeit oder Ausschlagung des ihm Hinterlassenen erfolgen. Der Verzicht des erstberechtigten Nachkommen wirkt dagegen gemäss § 2349 auch gegen die Nachkommen des Verzichtenden, falls nicht das Gegenteil besonders vereinbart ist. — Beispiel: Nachlass 9000, Erben zwei Söhne *A* und *B*, ausgeschlossen der Enkel *D*, Sohn des vorverstorbenen mit einem Geschenk von 3000 zu Lebzeiten bedachten Sohnes *C*; ausserdem hat ein Dritter ein Geschenk von 3000 erhalten: Ordentlicher Pflichtteil $= \frac{9000}{6} = 1500$, Ergänzungspflichtteil des $D = {}^1/_6\ (3000 + 3000) - 3000 = 0$, wäre das Geschenk an *C* anrechnungspflichtig, so würde sich ergeben: Gesamtpflichtteil des $D = {}^1/_6\ (9000 + 3000 + 3000) - 3000 = 0$, im erstern Falle würde *D* sein ordentliches Pflichtteil von 1500 behalten, im letztern Falle erhält er überhaupt nichts.

Die Wertbestimmung des dem Pflichtteilsberechtigten gemachten Geschenkes erfolgt im Falle des § 2327 ebenso wie bei Geschenken an einen Dritten, also gemäss § 2325. Planck § 2327, 3 begründet dies damit, dass es nicht angänglich sein würde, zwei verschiedene Wertberechnungen aufzustellen, eine für den Pflichtteilsberechtigten gemäss

§ 2315,[1]) und eine für den dritten Beschenkten gemäss § 2325. Die für Schenkungen an Dritte geltende zeitliche Beschränkung von 10 Jahren gilt nicht für Schenkungen an Pflichtteilsberechtigte (Planck § 2327, 4, (a. M. Strohal 280) dies ist aber in manchen Fällen gewiss unbillig.

d) Ausschluss der Haftung.

Ist der Haftung des Beschenkten und damit auch des Erben schon durch die zehnjährige Frist vor dem Tode des Erblassers eine Schranke gezogen, so ist auch die Erhebung des Ergänzungsanspruchs zeitlich begrenzt. Nach § 2332 verjährt der Pflichtteilsanspruch (und somit auch der Ergänzungsanspruch gegen den Erben) in 3 Jahren von dem Zeitpunkt an, in welchem der Pflichtteilsberechtigte von dem Eintritt des Erbfalls und der ihn beeinträchtigenden Verfügungen Kenntnis erlangt, ohne Rücksicht auf diese Kenntnis in 30 Jahren von dem Eintritt des Erbfalls an. Der nach § 2329 dem Pflichtteilsberechtigten gegen den Beschenkten zustehende Anspruch (auf Herausgabe) verjährt in 3 Jahren von dem Eintritt des Erbfalls an. Die Verjährung wird nicht dadurch gehemmt, dass die Ansprüche erst nach Ausschlagung der Erbschaft oder eines Vermächtnisses geltend gemacht werden können. Aus Billigkeitsrücksichten ist die Zeitgrenze für den Beschenkten im Gegensatz zum Erben fest bestimmt. Für den Pflichtteilsanspruch der entfernteren Abkömmlinge und Eltern (§ 2300) ist mit Planck (§ 2332) trotz des Wortlautes der § 2332 anzunehmen, dass die Verjährung des Anspruchs erst mit dem Zeitpunkt beginnt, in welchem der Berechtigte von dem Wegfalle des vor ihm berufenen gesetzlichen Erben Kenntnis erlangt, da erst in diesem Zeitpunkt der Pflichtteilsanspruch zur Entstehung gelangt.

---

[1]) § 2315: der Wert bestimmt sich nach der Zeit, zu welcher die Zuwendung erfolgt ist.

5. Der Uebergang vom gemeinen Rechte zum B.G.B.

Der Uebergang vom gemeinrechtlichen zum System des B.G.B. bietet, wie die nähere Betrachtung zeigen wird, keine Schwierigkeiten, vielmehr können die Bestimmungen des B.G.B. sofort in Anwendung auch für die unter gemeinem Rechte vollzogenen Schenkungen treten. Zwei Fragen erheben sich:

1. Sind für die nach gemeinem Rechte nicht pflichtwidrigen, also auf keinen Fall der Anfechtung unterliegenden Schenkungen bei dem in der Geltungszeit des B.G.B. erfolgten Tode des Schenkers die Bestimmungen des B.G.B. oder die des gemeinen Rechts anzuwenden?

2. Gilt auch für die unter gemeinem Recht vollzogenen pflichtwidrigen, ohne Zeitschranken beim Tode des Schenkers der Anfechtung unterliegenden Schenkungen die Zeitgrenze des B.G.B. von 10 Jahren?

ad 1. Allgemein gilt im Falle einer Statuten-Kollision der Satz: „Fällt ein juristischer Tatbestand zum Teil unter die Herrschaft des alten, zum Teil unter die des neuen Gesetzes, so ist jeder Abschnitt des Tatbestandes getrennt nach dem zu seiner Zeit geltenden Rechte zu beurteilen.“ Von dem Tatbestande fällt die Schenkung und ein Teil des bis zum Tode des Schenkers verlaufenden Frist unter das gemeine Recht, der letzte Teil der Frist, der Tod des Schenkers, das Entstehen der Pflichtteilsansprüche in die Geltungszeit des B.G.B. Die Giltigkeit der Schenkung bestimmt sich demnach nach gemeinem Recht.[1]) „Für die erbrechtlichen Verhältnisse bleiben, wenn der Erblasser vor dem Inkrafttreten des B.G.B. gestorben ist, die bisherigen Gesetze massgebend (Art. 213 E.G.),“ also nachher gilt unbedingt bürgerliches Recht. Man kann

[1]) Art. 170 E.G. Für ein Schuldverhältnis, das vor dem Inkrafttreten des B.G.B. entstanden ist, bleiben die bisherigen Gesetze massgebend.

nicht einwenden, dass die Durchführung der Bestimmungen des B.G.B. ein Eingriff in wohlerworbene Rechte sei. Es ist kein mit der Schenkung selbst entstandenes Recht des Beschenkten, dass dieselbe nicht der Anfechtung unterliegt. Es wird auch im gemeinen Recht nicht zuerst auf den Zeitpunkt der Schenkung geblickt, sondern wenn der Tod des Schenkers eingetreten ist, werden alle zu seiner Lebzeit erfolgten Schenkungen daraufhin geprüft, ob sie pflichtwidrig sind oder nicht, ob zu ihnen eine erbrechtliche Beziehung hergestellt werden kann oder nicht. Da aber bei dem Tode des Schenkers nicht mehr gemeines Recht, sondern B.G.B. gilt, ist die Untersuchung, ob erbrechtliche Beziehungen angeknüpft werden können, vom Standpunkte des B.G.B. auszuführen, und dieses bestimmt: Alle Schenkungen, die während 10 Jahre vor dem Tode erfolgt sind, unterliegen der Anfechtung. So ist es verständlich, dass die nach gemeinem Recht ursprünglich vor Rückgriffen der Erben gesicherten Beschenkten infolge der neuen Bestimmungen des B.G.B. doch belangt werden können.

ad 2. Diese Frage erledigt sich nach obigem leicht. Da die erbrechtlichen Beziehungen nach B.G.B. zu beurteilen sind, kommt es auf die Pflichtwidrigkeit nicht mehr an, andrerseits unterliegen auch die ursprünglich pflichtwidrigen Schenkungen nunmehr der zeitlichen Grenze von 10 Jahren.

Schluss.

Die Vorzüge, welche das System des B.G.B. gegenüber dem gemeinen Rechte aufweist, sind in der bisherigen Darstellung im einzelnen gewürdigt, sie lassen sich kurz dahin zusammenfassen: Das Interesse der Familie wird soweit geschützt, dass der Erblasser mindestens die Hälfte seines gesamten Vermögens mit Einschluss der lebzeitigen Schenkungen seiner Familie zu hinterlassen hat, oder umgekehrt, dass er nur über die Hälfte des Gesamtvermögens zu Lebzeiten verfügen darf. Diesem abgeklärten festen Massstab gegenüber ist der Standpunkt des gemeinen Rechts mit seiner subjektiven Betonung der Lieblosigkeit und Uebermässigkeit der einzelnen Schenkung zu verwerfen, und zwar sowohl aus innern Gründen, weil hierdurch das Interesse der Familie nicht immer genügend gewahrt bleibt, vor allem aber auch aus rein praktischen Gesichtspunkten wegen der Schwierigkeit der Feststellung im allgemeinen und der Beweislast im besondern.